# تنازع القوانين والاختصاص القضائى الدولى

# وآثار الأحكام الأجنبية

دكتور
**فؤاد عبد المنعم رياض**
استاذ ورئيس قسم
القانون الدولى الخاص
كلية الحقوق — جامعة القاهرة
عضو مجمع القانون الدولى
المحامى لدى محكمة النقض
والمحكمة الادارية العليا

دكتورة
**سامية راشد**
استاذ القانون الدولى الخاص
كلية الحقوق — جامعة القاهرة
المحامية لدى محكمة النقض
والمحكمة الادارية العليا

١٩٩٤

الناشر
**دار النهضة العربية**
للطبع والنشر والتوزيع
٣٢ ش عبد الخالق ثروت - القاهرة



# مقدمة

## مفهوم تنازع القوانين ومقوماته

١ ــ عرضنا عند تحديدنا لموضوعات القانون الدولى الخاص لمختلف المراحل التى تمر بها العلاقات القانونية ذات الطابع الدولى أو المشتملة على عنصر أجنبى . فعرفنا أن هذه العلاقات، مثلها فى ذلك مثل العلاقات الوطنية البحتة ، تمر بمراحل ثلاث : مرحلة التمتع بالحقوق وهى المرحلة التى تتحدد فيها قدرة الفرد على التمتع بحق معين داخل حدود الدولة ، ومرحلة ممارسة الحقوق ، وهى المرحلة التى يتم فيها اكتساب الحق ونفاذه ، وأخيرا مرحلة حماية الحقوق ، أى المرحلة التى يتم فيها تحديد محاكم الدولة التى تختص بنظر الدعوى التى يرفعها أحد أطراف العلاقة اذا ما ثار نزاع بشأنها[1] .

وقد عرضنا للقواعد التى تحكم المرحلة الأولى وهى القواعد المنظمة للجنسية ومركز الأجانب كما عرضنا لتلك المنظمة للمرحلة الثالثة أى لقواعد تنازع الاختصاص القضائى.وقد كان تسلسل العرض من الناحية النظرية يقضى ببحث القواعد التى تحكم المرحلة الثانية ، أى مرحلة ممارسة الحقوق قبل بحث تلك المتعلقة بحماية الحقوق . غير أننا آثرنا الاستجابة فى عرضنا للمنطق العملى الذى يقتضى بحث القواعد التى تبين المحكمة المختصة بنظر النزاع قبل التعرض لبحث القواعد التى تحكم العلاقة محل النزاع ، ومن ثم قدمنا دراسة تنازع الاختصاص القضائى على دراسة تنازع القوانين التى نفرد لها هذا الجزء الثانى من مؤلفنا .

٢ ــ وتتصل العلاقة ذات الطابع الدولى بعدة دول عن طريق العناصر المكونة لها.فلو باع لبنانى الى ايطالى عقارا كائنا فى فرنسا بعقد تم ابرامه

---

(١) انظر مؤلفنا : الوسيط فى القانون الدولى الخاص ( الجزء الأول ) ص ١٥ وما بعدها .

فى مصر فان العلاقة تكون حينئذ متصلة بكل من لبنان وايطاليا عن طريق أطرافها كما تكون متصلة بفرنسا عن طريق محلها وبمصر عن طريق السبب المنشىء لها • وهذه الصلة تكفى لترشيح قانون كل من هذه الدول لحكم العلاقة • وبعبارة أخرى فان قانون القاضى المطروح عليه النزاع لا يستطيع الانفراد بحكم موضوع العلاقة ، اذ قد تكون العلاقة أكثر ارتباطا باحدى القوانين الأخرى المتصلة بها عن طريق كل عنصر من عناصرها • ولا شك أن استقرار المعاملات فى المجال الدولى واضطرادها لا يتحقق الا باختيار أنسب القوانين وأكثرها انسجاما مع نوع العلاقة ذات الطابع الدولى • ومن ثم فانه يتعين المفاضلة بين مختلف القوانين التى تتصل بالعلاقة للاهتداء الى القانون الأصلح لحكم العلاقة • وهذه المفاضلة قد تؤدى الى اختيار قانون أجنبى لحكم العلاقة كما قد تؤدى الى اختيار القانون الوطنى • وقد استقر الفقه على تسمية هذه الظاهرة ، أى ظاهرة المفاضلة بين القوانين المتصلة بالعلاقة ذات الطابع الدولى ، بظاهرة تنـــازع القوانين Conflit de lois وهو اصطلاح يتسم بعــدم الدقة ، فهو يوحى بأن هــذه القوانين تتناضــل فيما بينهــا ويدعى كل منها لنفسه الحق فى حكم العلاقة ، فى حين أن قانون كل دولة محدود بحدود سيادة دولته ولا يستطيع تعدى هذه الحدود بقوته الذاتية ومنازعة قانون القاضى فى حكم العلاقة • لذلك فانه ليس ثمة تنازع فى حقيقة الأمر بل مجرد عملية مفاضلة بين القوانين المتصلة بالعلاقة لاختيار أنسب القوانين لحكم العلاقة • وهذا الاختيار يهدف الى تحقيق التناسق بين مجال تطبيق القانون الوطنى ومجال تطبيق القوانين الأجنبية المتصـــلة بالعلاقة وقد دعى ذلك بعض الشراح الى استعمال اصطلاح تناســق القوانين Harmony of Laws بدلا من اصطلاح تنازع القوانين[1] •كما ذهب البعض الآخر الى اقتراح اصطلاح « سلطان القانون من حيث المكان L'empire des lois dans l'espace [2] غير أن مختلف التسميات التى اقترحها الفقه لم تسد وظل اصطلاح تنازع القوانين سائدا حتى الآن فى القانون الدولى الخاص فى مختلف الدول رغم عدم دقته[3] •

---

(١) انظر : Martin Wolff : Private International Law صفحة ٤

(٢) انظر فى تفاصيل ذلك الدكتور محمد عبد المنعم رياض : مبــادىء القانون الدولى الخاص ص ٣١٨ •

(٣) وقد ذهب الفقه الالمــانى الى ابعد من ذلك اذ يستعمل اصطلاح تصادم القوانين Kollisionsnormen التعبير عن هذه الظاهرة •

**١ — ارتباط قيام تنازع القوانين بامكان تطبيق القاضى الوطنى لقانون غير قانونه :**

٣ — ولما كانت مشكلة تنازع القوانين تنطوى على عملية مفاضلة يقوم بها القاضى الوطنى لاختيار أنسب القوانين لحكم العلاقات القانونية ذات الطابع الدولى فانه لم يكن من المتصور قيامها الا بعد وصول الفكر القانونى الى درجة من التطور تسمح بقبول تطبيق قوانين أخرى غير قانون القاضى المطروح عليه النزاع •

والواقع أن المشكلة التى ثارت فى بادىء الأمر كانت تلك المتعلقة بتحديد الدولة التى تختص محاكمها بنظر المنازعة المشتملة على عنصر أجنبى • وكان تعيين المحكمة المختصة يتضمن بصفة آلية تعيين القانون الذى يحكم العلاقة ، اذ أن محاكم كل دولة لم تكن تطبق سوى قانونها على كل ما يطرح عليها من منازعات • ولم يكن من المتصور قيام أى تنازع بين القوانين طالما كان التلازم متحققا بين المحكمة المختصة والقانون الذى يحكم النزاع ، أى طالما كان القاضى يقتصر على تطبيق قانونه على ما يطرح عليه من منازعات ذات طابع دولى •

غير أن ازدياد الحاجة للتعامل بين الدول وتعذر بقاء المجتمعات الوطنية فى معزل عن بعضها البعض من الناحية الاقتصادية والاجتماعية أدى الى استحالة استمرار التلازم بين الاختصاص القضائى والقانون الذى يحكم العلاقة ذات الطابع الدولى ، وأصبح من الضرورى السماح أحيانا بتطبيق القاضى الوطنى لقانون غير قانون دولته اذ لو تشبثت كل دولة باخضاع جميع العلاقات ذات الطابع الدولى ، أى التى تتصل بعض عناصرها بنظم قانونية أجنبية ، لقانونها الوطنى أسوة بالعلاقات الوطنية البحتة ، لأدى ذلك الى امكان عدم اعتراف النظم القانونية الأخرى بهذه العلاقات والى ارتباك المعاملات الدولية وشل الحياة الاقتصادية بل والحياة الاجتماعية فى المجتمع الدولى • فلو أخضعنا مثلا اكتساب ملكية عقار موجود بانجلترا للقانون المصرى فان حق الملكية الذى سينشأ وفقا للقانون المصرى لن يعترف به فى انجلترا ، أى لن يترتب عليه أى أثر من الناحية العملية • كذلك لو أخضعنا زواج فرنسيين للقانون المصرى دون مراعاة للشروط الموضوعية التى يتطلبها القانون الفرنسى فان النظام القانونى الفرنسى ، وهو النظام الذى سيعيش الزوجان فى ظله ، لن يعترف بهذا الزواج •

## ٢ — ارتباط قيام تنازع القوانين بوجود قواعد قانونية متباينة :

٤ — كذلك لا يتصور قيام تنازع بين القوانين اذا كانت القواعد الموضوعية المنظمة لعلاقة قانونية ما متماثلة فى قوانين الدول المختلفة التى تتصل بها عناصر العلاقة.ذلك أن المفاضلة بين القوانين المختلفة المتصلة بالعلاقة تكون فى هذه الحالة غير ذات موضوع ، وبالتالى فلا مجال لقيام ظاهرة تنازع القوانين .

وعلى ذلك فلا مجال لقيام تنازع بين القوانين اذا لم تكن القواعد الموضوعية المنظمة للعلاقة مختلفة عن بعضها البعض فى الدول المرشح قانونها لحكم العلاقة .

غير أن فريقا من الفقه يرى أن هذا الاختلاف يجب ألا يصل الى حد التعارض فى ذات الأسس التى تقوم عليها القوانين المختلفة ، اذ لن يتسنى فى هذه الحالة تطبيق القانون الأجنبى ، وبالتالى لن يكون هناك محل لقيام ظاهرة التنازع . ومن الأمثلة التى يضربها أصحاب هذا الرأى للتدليل على ذلك رفض محاكم الدول الغربية تطبيق أحكام الشريعة الاسلامية بالنسبة لطلاق المسلمين أو بالنسبة لتعدد الزوجات[1] .

غير أنه لا يستفاد فى رأينا من امتناع محاكم دولة عن تطبيق قانون دولة أخرى ، كما هو الحال فى المثال السابق ، عدم توافر الشروط اللازمة لقيام تنازع القوانين . فظاهرة التنازع تتحقق بمجرد ارتباط العلاقة القانونية بالنظام القانونى لدولة غير دولة القاضى . فاذا تبين أن هذا النظام القانونى الأجنبى من الاختلاف بحيث لا يتسنى للقاضى الوطنى تطبيق أحكامه فليس معنى ذلك انتفاء ظاهرة تنازع القوانين بل ان معناه قيام مانع يمنع القاضى من تطبيق القانون الأجنبى بالرغم من أن صلته بالعلاقة محل النزاع كانت ترشحه لحكم هذه العلاقة .

## ٣ — ارتباط فكرة تنازع القوانين بظاهرة الحدود

٥ — ويفترض لقيام تنازع بين القوانين انتماء القوانين المتزاحمة لحكم العلاقة الى وحدات قانونية يتحدد مجال تطبيق تشريعاتها بحدود

---

(١) انظر فى ذلك الدكتور جابر جاد عبد الرحمن : تنازع القوانين صفحة ٢٠ والدكتور عز الدين عبد الله : القانون الدولى الخاص ( الجزء الأول ) صفحة ٣٠ .

اقليم معين . فظاهرة الحدود[1] تعد ركنا أساسيا لقيام تنازع بين القوانين المختلفة ، اذ لو انتمت مختلف القوانين لنفس الوحدة القانونية لما وجد تنازع حقيقى . فالتنازع يفترض ارتباط عناصر العلاقة القانونية بوحدات قانونية مختلفة مما يرشح قانون كل منها لحكم العلاقة . أما اذا كانت القوانين المرتبطة بالعلاقة صادرة عن نفس الوحدة القانونية ويسرى نطاقها داخل حدود هذه الوحدة فان اختيار القانون الواجب التطبيق على العلاقة لا يعد فى هذه الحالة داخلا فى نطاق تنازع القوانين ، لأن ذلك يكون مجرد تحديد لمجال تطبيق هذه التشريعات من قبل ذات السلطة التى أصدرتها .

وعلى ذلك فان التنازع بين القوانين التى تحكم مختلف الطوائف المنتمية لنفس الدولة يخرج من مجال القانون الدولى الخاص ، وذلك لانعدام احدى المقومات الأساسية وهى ظاهرة الحدود[2] .

---

(1) Phénomène de la Frontière

(2) ويطلق الفقه على هذا النوع من التنازع اسم التنازع الشخصى Conflit Interpersonnel ويميل غالب الفقه الحديث الى اعتبار هذا النوع من التنازع من قبيل التنازع الداخلى الذى يخرج من نطاق القانون الدولى الخاص . انظر فى الفقه المصرى الدكتور عبد المنعم رياض : مبادىء القانون الدولى الخاص ( الطبعة الثانية ) ص ١١ فقرة ١١ ، والدكتور حامد زكى : اصول القانون الدولى الخاص المصرى ( الطبعة الرابعة ) ص ٩ ، والدكتور عز الدين عبد الله : القانون الدولى الخاص ( الطبعة السادسة ) ص ٣٥ وما بعدها ، والدكتور محمد كمال فهمى : اصول القانون الدولى الخاص ص ٢٨٦ ، والدكتور جابر جاد عبد الرحمن : مبادىء القانون الدولى الخاص ص ١٧ ، والدكتور منصور مصطفى منصور : المرجع السابق ص ٢٥ — ٢٦ . ومن انصار هذا الراى من الفقه الفرنسى Batiffol انظر مؤلفه Droit International Privé. الجزء الأول الطبعة الخامسة بالاشتراك مع الأستاذ Lagarde ص ٣٩١ وما بعدها ، والفقيه Niboyet ، انظر مؤلفه : Traité de Droit International Privé الجزء الأول ( الطبعة الثانية ) ص ٢٦ ، وكذلك الفقيه Lerebours Pigeonnière ، انظر مؤلفه Précis de Droit International Privé ( الطبعة الثامنة ) ص ٢٦ .

غير أن فريقا من الفقه يرى عدم التفرقة بين التنازع الدولى والتنازع الداخلى . فذهب الأستاذ Arminjon فى مؤلفه Précis de Droit International Privé الجزء الأول ( الطبعة الثانية ) ص ١٨ وما بعدها الى ان التنازع الذى يقع بين مختلف القوانين داخل الدولة الواحدة يدخل فى نطاق القانون الدولى الخاص ويمكن تسميته بالقانون الدولى الخاص الداخلى . وهو يرى أن الغرض من القانون الدولى الخاص هو حل التنازع بين النظم القانونية المختلفة بغض النظر عن مصدرها الدولى اى سواء كانت هذه النظم تستند الى سيادة دولة واحدة أو الى سيادة دول مختلفة .

٦ — غير أن السؤال يثور بالنسبة لمفهوم الحدود فى هذا الصدد ، هل يتعين لقيام ظاهرة التنازع أن يكون التنازع بين قوانين صادرة من وحدات تتمتع كل منها بالشخصية الدولية ، أم أنه يكفى أن يثور التنازع بين قوانين صادرة من وحدات تشريعية مستقلة داخل نفس الدولة ؟

وقد ثار هذا السؤال من الناحية العملية بالنسبة للقوانين الصادرة فى الدول الاتحادية . فهذه الدول . كما هو معلوم ، تتكون من أقاليم أو ولايات ، تشكل كل منها وحدة تشريعية مستقلة . ومن ثم يتعين معرفة ما اذا كان التنازع بين التشريعات الصادرة من الولايات التابعة للدولة الاتحادية لا يختلف فى طبيعته عن التنازع الذى قد يثور بين قوانين الدول المختلفة .

يعتبر القضاء والفقه الأمريكى أن التنازع بين قوانين الولايات المختلفة هو المضمون الرئيسى لتنازع القوانين[1] . غير أن الفقه الحديث فى القارة الأوروبية يميل الى قصر مجال تنازع القوانين على التنازع القائم بين قوانين تنتمى الى دول مختلفة ؛ أما التنازع بين القوانين الصادرة من وحدات اقليمية تابعة لنفس الدولة فانه يخرج فى رأى هذا الفقه من مجال تنازع القوانين شأنه فى هذا الصدد شأن التنازع بين التشريعات الطائفية المطبقة داخل نفس الدولة .

ويبدو لنا أن التنازع بين القوانين الصادرة من وحدات اقليمية مستقلة يختلف فى جوهره عن التنازع بين قوانين الطوائف المختلفة داخل نفس الدولة . ذلك أنه عندما يقوم القاضى باختيار أى من التشريعات الطائفية لحكم النزاع فان اختياره ينحصر فى نطاق التشريعات الصادرة من نفس الوحدة القانونية ، وهى تشريعات واجبة التطبيق جميعها فى نطاق مكانى واحد . فهنا يوجد فى الواقع تلازم بين المحكمة المختصة بنظر النزاع والقانون الواجب التطبيق ، وان اختلفت الأحكام الموضوعية فى هذا القانون حسب الطائفة التى يثور بشأنها النزاع ، وفى هذا ما ينفى امكان قيام ظاهرة التنازع بالمعنى الذى عرفناه .

---

(١) ويبدو أن السبب الرئيسى فى ذلك هو كون حالات التنازع التى تقوم بين قوانين الولايات المختلفة تفوق حالات التنازع التى تقوم بين قوانين الدولة ذاتها وبين قوانين الدول الأجنبية سواء من حيث العدد أو من حيث الأهمية .

وعلى العكس من ذلك فان التنازع بين قوانين صادرة من وحدات اقليمية مختلفة قد يؤدى الى تطبيق القاضى لقانون صادر من وحدة قانونية غير تلك التى ينتمى اليها أى تطبيق قانون غير واجب التطبيق أصلا على الوحدة الاقليمية التى ينتمى اليها القاضى • وبعبارة أخرى فان التنازع بين القوانين فى هذه الحالة ينطوى على المفاضلة بين قوانين يختلف مجال تطبيق كل منها من حيث المكان ، بمعنى أن كلا من هذه القوانين وضع أصلا ليسرى داخل حدود مكانية معينة ، هى حدود الوحدة القانونية التى صدر القانون عن سلطاتها • وقد يترتب على هذه المفاضلة تطبيق القاضى لقانون غير قانونه • وحينئذ يتحقق عدم التلازم بين المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق وهو أساس قيام تنازع القوانين •

٧ — ويتطلب تطبيق القاضى الوطنى لقانون دولة أخرى بداهة اعتراف دولة القاضى بالدولة الأجنبية المرشح قانونها لحكم العلاقة • ذلك أن عدم الاعتراف بالدولة الأجنبية يؤدى الى انكار كل وجود قانونى لهذه الدولة فى مواجهة الدولة غير المعترفة[1] وبالتالى فان القوانين الصادرة فى هذه الدولة لن يكون لها أى وجود فى مواجهة دولة القاضى التى لم تعترف دولته بهذه الدولة • ومن ثم فلن يكون ثمة محل للمفاضلة بين تشريع الدولة غير المعترف بها وبين تشريع دولة القاضى ، وتطبيقا لذلك يمكن القول بعدم امكان وجود تنازع قوانين بين الدول العربية واسرائيل ، اذ لا يتصور امكان تطبيق القاضى العربى للقانون الاسرائيلى•

٨ — ويثور السؤال حول مدى امكان تطبيق قانون دولة أجنبية اذا

---

(١) انظر فى ذلك Lauterpacht : Recognition in International Law ص ٤٥٠ وما بعدها .
وانظر :
Charpentier : La reconnaissance internationale et l'évolution du droit des gens.
انظر الدكتور محمد حافظ غانم : مبادىء القانون الدولى العام ص ٢٦٨ وما بعدها . وانظر كذلك :
Stevenson : Effect of recognition on the application of private international law
منشور فى Columbia Law Review سنة ١٩٥١ ص ٧١٠ .

كانت دولة القاضى لم تعترف بحكومة الدولة الأجنبية • هل يترتب على عدم الاعتراف بحكومة الدولة الأجنبية عدم الاعتداد كذلك بقوانين هذه الحكومة بحيث ينتفى امكان وجود تنازع بينها وبين قانون دولة القاضى •

وقد ثارت هذه المشكلة أمام محاكم الكثير من الدول على أثر قيام حكومة روسيا السوفيتية فى أعقاب الثورة • فذهب قضاء بعض الدول ومنها فرنسا وبلجيكا الى رفض تطبيق القوانين التى أصدرتها حكومة الاتحاد السوفيتى التى لم يكن قد تم بعد الاعتراف بوجودها القانونى • واستقر قضاء البعض الآخر من الدول كألمانيا والنمسا على أن عدم الاعتراف بحكومة الاتحاد السوفيتى لا يمنع من تطبيق القوانين التى تصدر منها ، تاسيسا على أن هذه القوانين هى المعمول بها فعلا داخل الدولة الروسية[1] أما قضاء الولايات المتحدة الأمريكية فأحكامه متضاربة ، ولو أنها تميل فى غالبيتها الى السماح بتطبيق قانون الدولة الأجنبية بالرغم من عدم الاعتراف بحكومتها[2] •

٩ — ويميل فقهاء القانون الدولى الخاص الى عدم التفرقة بين حالة عدم الاعتراف بالدولة وحالة عدم الاعتراف بالحكومة من حيث عدم امكان تطبيق القانون الصادر باسم الحكومة الأجنبية[3] **ويبدو لنا أن عدم الاعتراف بالحكومة يختلف فى الواقع عن عدم الاعتراف بالدولة اختلافا جوهريا ، فعدم الاعتراف بحكومة دولة أجنبية ليس من شأنه انكار كل وجود قانونى للدولة الأجنبية فى مواجهة الدولة غير المعترفة**

---

(١) انظر فى ذلك :
Melchior : Die Grundlagen des Deuteschen internationalen privatrechts. ص ٨٣ وما بعدها •

(٢) انظر عرض بعض الاحكام الامريكية العامة Lauterpacht : Recognition in International Law ص ١٤٥ وما بعدها — وانظر الاحكام المنشورة بمجلة Clunet سنة ١٩٥١ ص ٣٤٠ •

(٣) انظر على سبيل المثال : Batiffol et Lagarde : Droit International Privé ( الجزء الاول ) ص ٣٠٨ وما بعدها حيث يستعمل تعبير الاعتراف بالدولة والاعتراف بالحكومة كمترادفين •

اذ لا يترتب على عدم الاعتراف بالحكومة الأجنبية سوى قطع العلاقات السياسية • أما الأعمال التى تقوم بها الحكومة غير المعترف بها داخل اقليمها فتعتبر من صميم اختصاصها الداخلى ويتعين نفاذها فى مواجهة الدول الأخرى ما دامت قد صدرت من حكومة استقرت فى يدها السلطة الفعلية فى الاقليم • وعلى ذلك فيجب ألا يكون لعدم اعتراف دولة القاضى بالحكومة الأجنبية تأثير على امكان تطبيقه للقوانين الصادرة من هــذه الحكومة طالما أن هذه القوانين هى السارية فعلا فى الدول الأجنبية[1]، والقول بغير ذلك من شأنه تطبيق القاضى للقانون الذى كان ساريا قبل تولى الحكومة غير المعترف بها السلطة الفعلية ، وهو أمر غير مستساغ لأنه يؤدى الى احياء قانون لم يبق له وجود فى الدولة التى صدر فيها[2]•

**٢٠** ــ وسينطوى بحثنا فى تنازع القوانين على قسمين رئيسيين •

أما القسم الأول فسيخصص لدراسة الأسلوب الفنى لفض تنــازع القوانين ، بما يتضمنه ذلك من بحث فى قاعدة الاسناد ذاتها وبحث فى مضمون القانون الواجب التطبيق •

أما القسم الثانى فسنعرض فيه للأحكام الوضعية فى تنازع القوانين فى النظام القانونى المصرى •

وسنتبع فى دراســتنا لتنازع القوانين الطريقة الوضــعية المقارنة • فبجوار معالجتنا للقواعد التى أخذ بها التشريع والقضاء فى جمهورية مصر العربية ، سنعنى ببيان الاتجاهات الرئيسية السائدة فى القانون المقارن وذلك للتوصل الى أكثر الحلول ملاءمة واستجابة لمقتضيات حياة المجتمع الدولى للأفراد •

---

(١) قارن : Melchior : Die Grundlagen des Deuteschen internationalen Privatrechts
ص ٨٠ وما بعدها •
وانظر كذلك الدكتور منصور مصطفى منصور : مذكرات فى القــانون الدولى الخاص ( تنازع القوانين ) ص ٢٢ و ٢٣ •

(٢) وهذا الحل قد اخذت به فعلا محكمة الاستئناف المختلطة المصرية فى حكمها الصادر فى ١٠ مارس سنة ١٩٣١ ( مجلة التشريع والقضاء السنة ٤٣ ص ٢٨٣ ) حيث قضت بأن القانون الروسى القــديم هو الواجب التطبيق فى قسمة تركة روسى توفى فى مصر تأسيسا على عدم اعتراف مصر بحكومة روسيا السوفيتية •

# القسم الأول

## في

## الأسلوب الفني لفض تنازع القوانين

## فصل تمهيدى

## تطور الفكر القانونى بصدد تنظيم العلاقات ذات الطابع الدولى

١١ ــ اذا ألقينا نظرة اجمالية على كيفية تنظيم العلاقات القانونية ذات الطابع الدولى عبر التاريخ أمكننا أن نلمس اختلافا جذريا بين الطريقة التى اتبعت فى تنظيم هذه العلاقات فى عصر الرومان من ناحية وتلك التى اتبعت فى العصور الوسطى والحديثة من ناحية أخرى •

ومن المعلوم أن الامبراطورية الرومانية لم تكن تسمح خلال فترة طويلة للأجنبى بالتمسك بأى حق من الحقوق أمام القضاء • فقد قسم الرومان الأشخاص الى مواطنين ولهم حق ممارسة العلاقات القانونية والتمتع بكافة الحقوق ، وأجانب لا يتمتعون بهذه الحقوق • وبازدهار الامبراطورية الرومانية تم انشاء قضاء يختص بنظر المنازعات التى يكون جميع أو أحد أطرافها من الأجانب • وقد عرف هذا القضاء باسم **Praetor Peregrinis** ، ولم يكن هذا القضاء يقوم بتطبيق قواعد القانون الرومانى Jus Civile الخاصة بعلاقات الرومان بعضهم ببعض وانما أوجد قواعد موضوعية جديدة عرفت باسم Jus gentium وهى قواعد مستمدة من مبادىء العدالة ومن المبادىء المهيمنة على مختلف النظم القانونية دون التقيد بالشكليات التى تميز بها القانون الرومانى • فاذا تم اتفاق بين رومانى وأجنبى على بيع منقول مثلا فان هذا الاتفاق لايخضع للشكل المتبع بين الرومان والذى يقضى بحضور خمسة شهود لتمام العقد ، بل يعتبر الاتفاق قد تم دون توافر الشرط الخاص بالشهود(١) •

---

(١) راجع فى ذلك Walton, Introduction to Roman Law صفحة ٣٦٢ وما بعدها .
وانظر كذلك Melville, Maunal of the Principles of Roman Law صفحة ٩٨ .

وقد اقتصر نطاق قانون الشعوب فى بادىء الأمر على المعاملات التجارية لانتشار التجارة بين الرومان والأجانب ولوجود عادات مستقرة فى النظم القانونية الأجنبية يمكن أن يستمد منها البريتور القاعدة الموضوعية الممكن تطبيقها على النزاع • غير أن هذا النطاق أخذ فى الاتساع تدريجيا ليشمل مختلف العلاقات القانونية سواء تعلقت بالأشخاص أم بالأموال •

١٢ – وقد ثارت مشكلة تنظيم العلاقات ذات الطابع الدولى من جديد فى أواخر القرن الثانى عشر فى مدن ايطاليا نظرا لازدهار التجارة واضطراد التعامل فيما بينها • وقد ثار السؤال من الناحية العملية عن كيفية حل المنازعات التى تقوم بين أفراد منتمين الى أكثر من مدينة تمثل كل منها وحدة تشريعية مستقلة • ولما كان استقلال كل من هذه المدن يحول دون وجود قواعد موضوعية مشتركة لحكم هذه العلاقات مباشرة كتلك التى تضمنها قانون الشعوب ، فقد اهتدى الفقه والقضاء الى طريقة أخرى لحل المنازعات ذات الطابع الدولى • وتتلخص هذه الطريقة فى اختيار قانون احدى المدن لحكم النزاع • وليس بلازم أن يكون هذا القانون هو قانون مدينة القاضى المطروح عليه النزاع ، بل قد يكون قانون أية مدينة أخرى ذات صلة بالعلاقة وقد راعى الفقهاء فى تحديدهم للقانون الواجب التطبيق على العلاقات المتصلة بأكثر من مدينة تسهيل التعامل والاستجابة لمقتضيات التجارة وضرورات الحياة العملية دون التقيد سلفا بمبدأ عام • ومن أهم الأمثلة على ذلك اعتبار أن القانون الواجب التطبيق على العقد هو قانون المكان الذى تم فيه ابرام العقد دون الاعتداد بقانون القاضى المطروح عليه النزاع نظرا لسهولة تعرف جميع أطراف العلاقة على أحكام قانون مكان العقد من الناحية العملية • ومن أمثلة ذلك أيضا اخضاع المسائل المتعلقة بحالة الأفراد وأهليتهم لقانون المدينة المتوطنين بها دون الاعتداد بقانون القاضى أو بقانون المدينة التى انتقلوا اليها • ذلك أن تغير القانون الذى يحكم مسائل الأحوال الشخصية وهى لصيقة بالفرد ووثيقة الصلة بحياته ، وفقا للمكان الذى ينتقل اليه الفرد أو المكان الذى تثور أمامه المنازعة من شأنه المساس بحياة الفرد مما قد يؤدى به الى الامتناع عن الانتقال خارج موطنه وهذا من شأنه الاضرار بالتعامل بين الأفراد التابعين لمختلف المدن •

١٣ – وقد حاول الفقهاء فى ذلك الحين ايجاد حل لكل مسألة فى ضوء

الاعتبارات العملية وحاجة المعاملات دون التقيد بفكرة مسبقة • وكان هدفهم الأساسى هو الوصول الى أكثر الحلول قبولا وتحقيقا للعدالة ، لذلك كانت حلولهم متخيرة غير مقيدة بمبدأ محدد سلفا eclectique •
ومن أهم الفقهاء الايطاليين فى تلك الفترة الفقيه بارتول Bartolus •
وقد استقر فى الأذهان منذ ذلك الحين وجوب حل المنازعات ذات الطابع الدولى ــ أى التى تتصل عناصرها بأكثر من نظام قانونى ــ عن طريق اختيار قانون معين من بين القوانين المتصلة بالمنازعات تستمد منه الأحكام الموضوعية التى ستحسم النزاع • وذلك دون نظر الى كون هذا القانون هو قانون القاضى المطروح عليه النزاع أم قانون دولة أجنبية • وقد كانت هذه الفكرة بمثابة نقطة الانطلاق الحقيقية فى تنازع القوانين ، اذ لا مجال لوجود تنازع بين القوانين الا اذا أمكن تصور قيام القاضى بتطبيق قانون غير قانونه •

١٤ ــ غير انه اذا كان الفقهاء الايطاليون فى القرن الثالث عشر قد أجروا هذا الاختيار فى ضوء الاعتبارات العملية وحاجة المعاملات وبقصد الوصول الى أكثر الحلول قبولا أو تحقيقا للعدالة ، فان الأمر قد تغير فيما بعد ، اذ سادت مدارس فقهية أخرى ابتداء من القرن السادس عشر جعلت اختيار القانون الذى يحكم النزاع قائما على أسس مستمدة من الظروف السياسية والقانونية السائدة فى المجتمع • فظهر فى فرنسا الفقيه دا رجنتريه D'Argentré ذى النزعة الاقطاعية الذى بنى اختيار القانون على أساس فكرة الاقليمية • فكانت القاعدة عنده هى عدم امتداد قانون الدولة خارج حدود اقليمها الا فى حالات استثنائية ، وهى الحالات التى يكون فيها القانون متعلقا بالأشخاص وبعبارة أخرى فانه فى المنازعات المشتملة على عنصر أجنبى يتم اختيار القانون الواجب التطبيق على أساس طبيعة القانون : فاذا كان القانون متصلا بالأموال فانه يعد عينيا وبالتالى اقليميا من حيث مجال التطبيق ، أى أن قانون الاقليم يسرى على المنازعات المتعلقة بالأموال الكائنة بهذا الاقليم بغض النظر عن موطن أطراف العلاقة • أما اذا كان القانون شخصيا ، أى يختص بتنظيم حالة الشخص وأهليته فانه يكون قابلا للامتداد وراء الشخص بوصفه قانون موطنه •

وقد ساد هذا المذهب الاقليمى فى تحديد القانون الذى يحكم العلاقات

ذات الطابع الدولى خلال قرون عديدة ، وانتقل الى هولندا وبريطانيا ومنها الى الولايات المتحدة حيث كانت الظروف السياسية مواتية للأخذ بهذا الاتجاه • فقد سادت هذه الدول النزعة الاستقلالية والرغبة فى الحد من كل ما هو أجنبى • ولا زالت لهذه النزعة رواسب حتى الآن فى بعض هذه الدول •

١٥ — بيد أنه ظهر فى القرن التاسع عشر فى ايطاليا اتجاه عكسى يرى أن نقطة البدء فى تحديد القانون الذى يحكم العلاقات ذات الطابع الدولى هو مبدأ الشخصية ، وبعبارة أخرى يتعين امتداد القانون وراء الأشخاص خارج حدود دولتهم • وقد نادى بهذه النظرية الفقيه الايطالى الشهير مانشينى Mancini ، ومؤداها أن قوانين كل دولة انما وضعت من أجل الأفراد المنتمين الى جنسيتها ، وقد روعى فى وضعها الاعتبارات الخاصة بهم وحدهم • ومن ثم فالقاعدة هى سريان قانون الدولة على رعاياها أينما كانوا أى حتى خارج حدودها • وقد عكست هذه النظرية مبدأ سياسيا هاما هو المبدأ المعروف بمبدأ القوميات Principe des nationalités ، ومقتضاه أن من حق كل أمة — وهى جماعة من الأفراد ترتبط فيما بينها برباط من وحدة التقاليد التاريخية واللغة وينحدر أعضاؤها غالبا من نفس الأصل — أن تحكم نفسها بنفسها أى أن تتخذ شكل الدولة •

وقد لاقت نظرية مانشينى انتشارا واسعا فى دول القارة الأوروبية وكذلك فى الدول العربية • ومن أهم آثارها فى الوقت الحالى تطبيق قانون الجنسية فى بعض المسائل القانونية بدلا من قانون الموطن كما سنرى فيما بعد •

١٦ — ويلاحظ أنه بالرغم من الاختلاف بين فقه مانشينى وفقه دارجنتريه من حيث نطاق تطبيق كل من القانون الوطنى والأجنبى الا أنهما يتفقان فى الطريقة المتبعة لاختيار القانون الذى يحكم العلاقة • فكلاهما يصدر عن فكرة مسبقة يتم عن طريقها تحديد القانون الواجب التطبيق • ولكن بينما هذه الفكرة عند دارجنتريه هى اقليمية القوانين ، فانها ترتكز على شخصية القوانين بمعنى امتدادها • وهما فى ذلك يختلفان تمام الاختلاف من حيث طريقة تحديد القانون الواجب التطبيق عن المدرسة

الايطالية القديمة فى القرن الثالث عشر وما بعده ، التى لم تصدر فى تحديدها للقانون الواجب التطبيق عن فكرة مسبقة وانما نظرت الى كل علاقة قانونية على حدة لاختيار أنسب القوانين لحكمها ٠

وقد سلك الفقيه سافينى Savigny فى القرن التاسع عشر مسلك المدرسة الايطالية فهو لم يحذ حذو أى من دارجنتريه ومانشينى فى التمسك بمبدأ معين يستمد منه حلوله وانما لجأ الى تحليل العلاقات القانونية لكى يتوصل الى معرفة أكثر القوانين اتصالا بها ٠ وتتم معرفة هذا القانون عن طريق ربط العلاقة القانونية بمكان معين ، أى عن طريق البحث عن الدولة التى يوجد بها مركز هذه العلاقة ، وبالتالى يكون قانون هذه الدولة هو أنسب القوانين لحكم العلاقة ٠

١٧ ــ ويتبين من هذا العرض التاريخى السريع أن تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة ذات الطابع الدولى قد يتم بأحد أسلوبين :

الأسلوب الأول يتلخص فى وضع مبدء عام تخضع له العلاقات ذات الطابع الدولى ، وهذا المبدأ قد يكون اقليمية القانون بصفة عامة ، أى خضوع كل ما يتم داخل اقليم الدولة لقانون هذه الدولة ٠ وقد يكون هذا المبدأ هو امتداد القانون ، أى خضوع الأشخاص لقانون دولتهم أينما ذهبوا ٠ وعلى ذلك فان مجال تطبيق القانون الأجنبى سيختلف اتساعا وضيقا وفقا للمبدأ الذى نصدر عنه فى تحديد سيادة القانون بوجه عام ومجال تطبيقه ٠

وقد تطور هذا الأسلوب فى الفقه المعاصر ، فبعد أن كان قاصرا على وضع مبدأ عام يسرى بالنسبة لكافة الحالات كمبدأ الاقليمية أو الامتداد تفرع الى عدة مبادىء تتعدد بتعدد القوانين المراد تحديد مجال تطبيقها ٠ فأصبح هناك مثلا مبدأ يحدد مقدما مجال تطبيق قانون الجنسية وآخر يحدد مقدما مجال تطبيق القانون المحلى ٠

وهذا الأسلوب ، سواء فى صورته القديمة أم فى صورته الحديثة ، يكفل لنا اخضاع أية علاقة أو منازعة تثور فى العمل لقانون ما نظر لأن مجال تطبيق القانون قد تم تحديده مقدما ليشمل جميع الحالات ٠ غير أنه يعيب هذا الأسلوب عدم حل تنازع القوانين فى ضوء معطيات العلاقة

القانونية التى ثار بشـأنها التنازع • فقاعدة الاسناد لا تسعى فى هذه الحالة الى الوصول الى الحل الأنسب العلاقة محل البحث بل تأتى بحل مستمد من الفكرة المسبقة المهيمنة على تحديد مجال تطبيق القانون •

أما الأسلوب الثانى فلا يعنى بوضع مبدأ يحدد مجال تطبيق مختلف القوانين بصفة عامة أو يحدد مجال تطبيق كل قانون على حدة ، بل انه ينطلق لحسم تنازع القوانين من ذات العلاقة التى تثير التنازع ، ويختار فى ضوء معطيات هذه العلاقة أنسب القوانين لحكمها •

ولا شك أن هذا الأسلوب الأخير أقدر على الوصول الى حلول عادلة لتنازع القوانين نظرا لقيامه على معايير منضبطة تكفل ربط كل علاقة بالنظام القانونى الذى يتبين أنها أكثر اتصالا به • وقد جرت التشريعات الحديثة على اتباع هذا الأسلوب الأخير بصفة عامة فى تحديدها لقواعد الاسناد كما سنرى عند دراستنا لقواعد الاسناد الوضعية •

١٨ — وقد ظهر فى الآونة الأخيرة اتجاه واضح فى المجتمع الدولى نحو منع قيام ظاهرة التنازع من أساسها بالنسبة لبعض أنواع العلاقات ذات الطابع الدولى وذلك فى مجال المعـاملات الدولية التى تمس كيان المجتمع الدولى من الناحية الاقتصادية •

قد لجأت الكثير من الدول حديثا الى عقد اتفاقات دولية تتضمن قواعد موضوعية مشتركة تحكم فئات معينة من العلاقات ذات الطابع الدولى وتكون هذه القواعد ملزمة للقضاء الداخلى فى هذه الدول • ومن أهم الأمثلة على ذلك الاتفاقات الدولية فى مجال النقل الدولى وكذلك اتفاقية لاهاى الحديثة فى أغسطس ١٩٦١ بشأن وضع قانون موحد لعقد البيع الدولى للمنقولات المادية ، والاتفاقية المبرمة بين دول شرق أوروبا فى ينـاير عام ١٩٥٨ والمعروفة باسـم « الشروط العامة لتسليم السـلع التجارية »[1] •

وقد تقوم الدولة استقلالا بوضع قواعد موضوعية فى تشريعها الداخلى لحكم العلاقات ذات الطابع الدولى ، وذلك بالاضافة الى القواعد التى

---

(١) انظـر فى ذلك محاضراتنا بأكاديميـة القـانون الدولى بلاهـاى : L'entreprise publique en droit international privé منشـورة بمجموعة محاضرات الأكاديمية سنة ١٩٦٣ الجزء الأول ( المجلد ١٠٨ ) •

تحكم العلاقات الوطنية البحتة[1] وقد تضمن التشريع المصرى مثل هذه القواعد خلال وجود المحاكم المختلطة • ويمكن تشبيه مثل هذه القواعد بقواعد قانون الشعوب Jus gentium الذى كان سائدا فى عهد الرومان • وواضح أن هذا الاسلوب ليس فى الواقع مجرد طريق لفض مشكلة تنازع القوانين ، فهو يذهب الى أبعد من ذلك ، اذ من شأنه ، لو اشتركت جميع الدول فى اتباعه ، منع قيام ظاهرة تنازع القوانين من أساسها • فهو يقضى على السبب المؤدى لمشكلة تنازع القوانين وهو اختلاف القواعد الموضوعية من دولة الى أخرى •

---

(١) انظر فى ذلك
Malintoppi : Les Rapports entre Droit Uniforme et Droit International Privé بمجموعة محاضرات أكاديمية القانون الدولى بلاهاى سنة ١٩٦٥ ( مجلد ١١٦ ) •

# الباب الأول

## فى
## تطبيق قاعدة الاسـناد

١٩ ــ بينا أن العلاقات ذات الطابع الدولى لا تخضع عادة فى تنظيمها لقواعد موضوعية وانما يحكمها نوع خاص من القواعد هو الذى أطلق عليه قواعد الاسناد .

ويتعين عند معالجتنا لتطبيق قاعدة الاسناد أن نبحث أولا طبيعة هذا النوع الخاص من القواعد وما تتميز به من خصائص .

ولما كانت وظيفة قاعدة الاسناد هى اختيار قانون معين لحكم العلاقة ذات الطابع الدولى عن طريق ضوابط تستمد أساسا من معطيات العلاقة ذاتها ، فانه يتعين دراسة هذه الضوابط والأسس التى تقوم عليها .

فاذا ما انتهينا من البحث فى قاعدة الاسناد ذاتها تعين بعد ذلك البحث فى تطبيق القاضى لهذه القاعدة . ويقتضى هذا البحث الفصل فى مسألة جوهرية هى معرفة مدى التزام القاضى الوطنى بتطبيق قاعدة الاسناد . هل يلتزم القاضى من تلقاء نفسه بتطبيق هذه القاعدة فى جميع المنازعات ذات الطابع الدولى أم لا ؟

كذلك يتطلب بحث تطبيق القاضى قاعدة الاسناد معرفة كيفية قيامه بالتعرف على قاعدة الاسناد الواجبة التطبيق على المسألة محل النزاع . ذلك أن قواعد الاسناد لم توضع لحكم كل مسألة أو علاقة قانونية على حدة نظرا لتعذر حصر كافة العلاقات القانونية مقدما ، وانما وضعت لحكم طوائف قانونية تندرج تحتها مجموعة متشابهة من العلاقات . وعلى ذلك فانه يتعين لتطبيق قاعدة الاسناد تحديد الوصف القانونى للمسألة ذات الطابع الدولى حتى يتسنى ادراجها ضمن الطائفة التى خصها المشرع بقاعدة اسناد .

وسنعرض فى فصل أول لبحث قاعدة الاسناد ذاتها ، ثم نعالج فى فصل ثان تطبيق القاضى لقاعدة الاسناد .

# الفصل الأول

في

قاعدة الاسناد

٢٠ ــ يتبين لنا من العرض السابق أن تنظيم العلاقات ذات الطابع الدولى يتم عن طريق قواعد اسناد تشير الى القانون الواجب التطبيق على العلاقة محل البحث ويتم اختيار هذا القانون عن طريق ضابط يستمد أساسا من معطيات العلاقة ذاتها .

وعلى ذلك سنتناول فى مبحث أول بيان طبيعة قاعدة الاسناد وأوصافها. ثم نتناول فى مبحث ثان دراسة ضابط الاسناد والأسس التى يقوم عليها .

## المبحث الأول

## طبيعة قاعدة الاسناد وأوصافها

### ١ ــ قاعدة الاسناد قاعدة غير مباشرة

٢١ ــ تتميز قاعدة الاسناد عن سائر قواعد القانون الدولى الخاص بأنها قواعد لا تتكفل مباشرة باعطاء الحل النهائى للنزاع وانما هى قواعد تقوم بالاشارة الى القانون الذى تتكفل قواعده باعطاء الحل النهائى للنزاع . وبعبارة أخرى فان قواعد الاسناد قواعد غير مباشرة فى حين أن سائر القواعد المنظمة للعلاقات ذات الطابع الدولى هى عادة من قبيل القواعد المباشرة[1] .

---

(١) وقد شبه الفقيه الانجليزى Cheshire هذه القواعد بمكتب استعلامات السكك الحديدية الذى يلجأ اليه المسافر لمعرفة القطار الذى سيقله الى وجهته انظر مؤلفه Private International Law ص ٧ .

فقواعد الجنسية تتكفل بصفة مباشرة ببيان من هم رعايا الدولة ولا تقوم بمجرد الاشارة الى القانون الذى يتكفل بتحديد هذا الأمر . كذلك تقوم قواعد مركز الأجانب بتحديد الحقوق التى يتمتع بها الأجانب داخل اقليم الدولة ولا تكتفى بالاشارة الى القانون الذى تتحدد هذه الحقوق بمقتضاه[1] . ولا يختلف الحال بالنسبة لقواعد تنازع الاختصاص القضائى الدولى ، أى القواعد التى تتكفل بتحديد اختصاص محاكم الدولة بشأن المنازعات ذات الطابع الدولى وتحديد آثار الأحكام الأجنبية . فتنازع الاختصاص القضائى لا يتم فضه عن طريق قواعد اسناد تكتفى بالارشاد الى القانون الذى تتحدد بمقتضاه المحكمة المختصة بنظر النزاع أو القانون الذى يقوم بتحديد شروط تنفيذ الحكم الأجنبى ، وانما يتم فضه عن طريق قواعد موضوعية تتكفل بشكل مباشر بتحديد ما اذا كانت محاكم الدولة مختصة بنظر النزاع ذى الطابع الدولى أم لا ، كما تتكفل مباشرة ببيان الشروط الواجب توافرها لامكان تنفيذ الحكم الصادر من محاكم دولة أجنبية داخل اقليم الدولة[2] .

## ٢ ــ قاعدة الاسناد قاعدة غير محددة المضمون

٢٢ ــ ولا تقوم قاعدة الاسناد بتحديد قانون دولة معينة بالذات لحكم العلاقة ذات الطابع الدولى ، فقاعدة الاسناد تتكفل بالربط بشكل مجرد بين طائفة معينة من العلاقات أو المراكز القانونية ذات الطابع الدولى وأحد القوانين المرشحة لحكم العلاقة . فهى تنص فقط على أن العلاقة يحكمها

---

(١) ويلاحظ انه عندما يعلق المشرع الوطنى مدى تمتع الأجنبى بالحقوق داخل اقليم الدولة على مبدأ التبادل فانه يلجأ فى هذا الصدد الى فكرة القواعد غير المباشرة ، اذ ان تحديد ما يتمتع به الأجنبى من الحقوق داخل اقليم الدولة انما يتم حينئذ بالرجوع الى قانون الدولة الأجنبية الذى يبين مدى الحقوق التى تمنح لرعايا دولة المشرع فى اقليم الدولة الأجنبية .

(٢) غير ان المشرع يلجأ احيانا عند تحديده لشروط تنفيذ الاحكام الأجنبية الى فكرة القواعد غير المباشرة . من ذلك مثلا ان ينص المشرع على وجوب التبادل لامكان تنفيذ الحكم الأجنبى . ففى هذه الحالة يتعين على القاضى الوطنى قبل قيامه بتنفيذ الحكم الأجنبى الرجوع الى القانون الأجنبى لمعرفة الشروط التى يتطلبها هذا القانون لتنفيذ الحكم الصادر من محاكم دولته . كذلك قد يحدث احيانا ان يشترط المشرع لتنفيذ الحكم الأجنبى كون المحاكم التى اصدرته مختصة وفقا لقانونها . ففى هذه الحالة أيضا يتعين على القاضى الوطنى الرجوع الى القانون الأجنبى لمعرفة ما اذا كانت المحكمة التى اصدرت الحكم مختصة أم لا .

القــانون الذى يرتبط بالعنصر الأساسى فى العلاقة • فقاعدة الاســناد الخاصة بالأهلية مثلا تقتصر على تقرير مبدأ اخضاع هذه الأهلية لقانون جنسية الشخص • وبالتالى فانه اذا كان الشخص الذى ثار الخلاف بشأن أهليته فرنسى الجنسية خضعت أهليته للقانون الفرنسى ، واذا كان انجليزى الجنسية خضعت أهليته للقانون الانجليزى • وكذلك الحال بالنسبة لقاعدة الاسناد الخاصة بالعلاقات المتعلقة بالعقار ، اذ تقتصر على الاشارة الى تطبيق قانون موقع المال على هذه العلاقة • فاذا كان العقار كائنا فى ألمانيا تعين تطبيق القانون الألمانى ، واذا كان كائنا فى ايطاليا تعين تطبيق القانون الايطالى •

ومن ثم يتبين أن مضمون قاعدة الاسناد ليس بالمضمون المحدد مقدما بمعنى أن القانون الذى تقضى هذه القاعدة بتطبيقه لا يتم معرفته الا اذا كنا بصدد علاقة معينة محددة المعالم •

### ٣ ـ قاعدة الاسناد قاعدة مزدوجة

٢٣ ـ ولا تقتصر قاعدة الاسناد على بيان حالات تطبيق القانون الوطنى ، وانمــا تقوم أيضا ببيان الحالات التى يطبق فيهــا القانون الأجنبى • فعندما تقضى قاعدة الاسناد مثلا بخضوع آثار الزواج لقانون جنسية الزوج فان ذلك قد يؤدى الى تطبيق القانون الوطنى اذا كان الزوج وطنيا ، كما قد يؤدى الى تطبيق القانون الأجنبى اذا كان الزوج أجنبيا • وبعبارة أخرى فان قاعدة الاسناد تحمل فى طياتها مضمونا مزدوجا من شأنه امكان تطبيق القانون الوطنى والقانون الأجنبى على حد سواء[1] والواقع أن هذا المضمون المزدوج تتطلبه وظيفة قاعدة الاسناد الوطنية بوصفها الوسيلة الفنية لفض تنازع القوانين الذى يثور بشأن نزاع مطروح أمام القاضى الوطنى • فقاعدة الاسناد لا تكون قد أدت وظيفتها كاملة ، وهى تمكين القاضى الوطنى من فض المنازعات ذات الطابع الدولى ، اذا هى اقتصرت على ايجاد حل للنزاع فى الحالات التى يكون فيها القانون الوطنى هو الواجب التطبيق ، اذ سيترتب على ذلك أن تكون

---

(١) انظر فى ذلك Vivier : Le caractère bilateral des règles de conflits des lois. منشور فى Revue critique سنة ١٩٥٣ ص ٦٥٥ ، وانظر كذلك : Maury : Règles générales des conflits de lois. صفحة ٤٠ وما بعدها •

قاعدة الاسناد عديمة الجدوى فى الحالات التى لا يكون فيها القانون الوطنى للقاضى هو الواجب التطبيق •

غير أن فريقا من الفقه قد ذهب الى وجوب اقتصار القواعد المنظمة لتنازع القوانين على بيان حالات تطبيق القانون الوطنى فقط دون القانون الأجنبى • فكما أن الدولة تقتصر على تحديد الأفراد الداخلين فى جنسيتها ، وتترك للدول الأخرى مهمة الأفراد المنتمين الى كل منها ، كذلك فانه يتعين فى رأيهم على الدولة القيام بتحديد نطاق أو اختصاص قانونها هى دون أن تتكفل بتحديد نطاق تطبيق قوانين الدول الأجنبية اذ أن ذلك من اختصاص الدول التى تصدر منها هذه القوانين[1] • وعلى ذلك فاذا ما طرح نزاع مشتمل على عنصر أجنبى على القاضى الوطنى فانه يعمل قواعد الاسناد الوطنية ليتبين ما اذا كان القانون الوطنى هو الواجب التطبيق ، فاذا اتضح عدم اختصاص القانون الوطنى بحكم النزاع تعين البحث عن القانون الأجنبى الذى يعطى لنفسه الاختصاص بحكم النزاع ليطبق على هذا النزاع •

وفضلا عن أن هذا الرأى يتنافى مع وظيفة قاعدة الاسناد الوطنية ، كما سبق لنا تحديدها ، فانه لا يعطى لنا وسيلة لحل تنازع القوانين فى الحالة التى تعطى فيها عدة قوانين أجنبية لنفسها الاختصاص بحكم النزاع ، اذ كيف يتسنى للقاضى المفاضلة بين القوانين الأجنبية المتعددة التى تدعى لنفسها حكم النزاع اذا لم يستمد من قاعدة الاسناد الوطنية وسيلة اجراء هذه المفاضلة • وعلى ذلك يجب أن تشتمل قاعدة الاسناد على بيان حالات تطبيق القانون الأجنبى أسوة باشتمالها على بيان حالات تطبيق القانون الوطنى •

٢٤ — ويلاحظ أن الطبيعة المزدوجة التى لمسناها بالنسبة لقاعدة الاسناد لا تتوافر بالنسبة لسائر قواعد القانون الدولى الخاص • فاذا نظرنا الى قواعد الاختصاص الدولى وجدناها ذات شق واحد أو مفردة الجانب Unilaterale • فهى تقتصر على رسم حدود ولاية المحاكم

---

(١) ومن أهم القائلين بهذا الرأى الفقيه الفرنسى Niboyet أنظر مؤلفه Traité de Droit International Privé الجزء الثالث ص ٢٤٣ •

الوطنية ، أى بيان ما يدخل فى اختصاص هذه المحاكم من المنازعات ذات الطابع الدولى وما لا يدخل ، فاذا تبين أن النزاع لا يدخل ضمن اختصاص المحاكم الوطنية فان قواعد الاختصاص الوطنية لا تقوم بتعيين المحكمة الأجنبية الواجب رفع النزاع اليها ، اذ أن ذلك يعد تدخلا غير مقبول فى تحديد اختصاص مرفق القضاء فى الدولة الأجنبية • وفضلا عن ذلك فان هذا التدخل سيظل عديم الأثر من الناحية العملية ، فالقاضى لا يأتمر الا بأوامر مشرعه الوطنى ، و لايمكن أن يخضع فيما يتعلق بتحديد اختصاصه لأية قاعدة يقضى بها مشرع أجنبى •

ولا تختلف القواعد المتعلقة بآثار الأحكام الأجنبية عن قواعد الاختصاص القضائى فى هذا الصدد ، اذ يقتصر المشرع على تحديد آثار الحكم الأجنبى داخل اقليم دولته ولا يتكفل بتحديد الآثار التى يمكن أن ترتبها الأحكام الوطنية خارج هذا الاقليم • ذلك أن هذا التحديد سيكون عديم الأثر من الناحية العملية لأن كل دولة تتكفل بتحديد آثار الأحكام الأجنبية داخل اقليمها دون أن تعبأ بما قد يقضى به مشرع الدولة الأجنبية فى تحديد آثار هذه الأحكام[1] •

واذا نظرنا الى قواعد الجنسية وجدناها بدورها مفردة الجانب ، اذ هى تقتصر على تحديد الشروط اللازمة لاكتساب جنسية الدولة وفقدها ، ولا يمكن بحال من الأحوال أن تتعرض لبيان شروط اكتساب جنسية الدول الأخرى• فاذا قام المشرع الوطنى بتنظيم جنسية دولة أجنبية كان هذا التنظيم عديم القيمة بالنسبة للدول الأخرى لأنه ينطوى على تجاوز لحدود اختصاص هذا المشرع كما أنه يمس سيادة الدولة الأجنبية التى تملك دون غيرها سلطة تحديد من يعتبر من رعاياها •

وكذلك الحال بالنسبة لقواعد مركز الأجانب ، فهى تقوم بتحديد الحقوق التى يتمتع بها الأجانب فى اقليم الدولة • ولا تعنى ببيان ما يتمتع

---

(١) ويلاحظ أن قواعد تنفيذ الأحكام الأجنبية قد تكون بصفة استثنائية ذات طبيعة مزدوجة وذلك عندما يشترط المشرع الوطنى لتنفيذ الحكم الأجنبى فى دولته أن تكون المحكمة الأجنبية التى أصدرته مختصة وفقا لقواعد الاختصاص القضائى المعمول بها فى دولة القاضى المطلوب منه التنفيذ • ففى مثل هذه الحالة لا يلجأ القاضى الى قاعدة الاختصاص الوطنية لتحديد اختصاص محاكم دولته فحسب بل يلجأ الى هذه القاعدة أيضا لتحديد اختصاص المحكمة الأجنبية المطلوب تنفيذ حكمها فى اقليم دولته •

به الوطنيون من حقوق فى اقليم دولة أجنبية ، اذ أن ذلك أمر ينفرد به مشرع كل دولة بالنسبة لاقليم دولته ولو قام المشرع بتحديد ما يتمتع به رعايا دولته لدى الدول الأجنبية من حقوق لكان عمله لغوا لا قيمة له وتجاوزا لحدود اختصاصه •

## المبحث الثانى

## ضابط الاسناد والأسس التى يقوم عليها

### أولا : كيفية تحديد ضابط الاسناد :

٢٥ — أوضحنا أن وظيفة قاعدة الاســناد هى اختيار القانون الذى يتكفل بحكم العلاقة ذات الطابع الدولى • ويتم ذلك عن طريق الربط بين العلاقة وبين أكثر النظم القانونية اتصالا بالعلاقة •

ويثور السؤال عن كيفية القيام بهذا الربط ، أى عن المعيار الذى يتم بمقتضاه تفضيل نظام قانونى معين ليتكفل بحكم العلاقة •

ولمــا كانت العلاقة القانونية تتكون من ثلاثة عناصر ، فانه من البديهى أن يستمد المعيار أو الضابط الذى يتم بمقتضاه تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة عن طريق أحد هذه العناصر • ونظرا لأن أهمية كل عنصر من عناصر العلاقة القانونية تختلف وفقا لطبيعة العلاقة محل البحث ، فانه من الضرورى التعرف على العنصر الذى يشكل مركز الثقل فى العلاقة القانونية ليستمد منه المعيار الذى يتحدد بمقتضــاه القانون الواجب التطبيق من بين القوانين المتصلة بعناصر العلاقة المختلفة •

فاذا تبين مثلا أن عنصر الاطراف هو مركز الثقل فى العلاقة القانونية كما هو الشأن بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية ، تعين الأخذ بمعيار أو ضابط يتصل بهذا العنصر لاختيار قانون الدولة الواجب اخضــاع العلاقة له كضابط جنسية أطراف العلاقة مثلا •

واذا تبين أن العنصر الرئيسى للعلاقة هو عنصر الموضوع ، كما هو الحال مثلا فى مجال الحقوق العينية ، تعين البحث عن ضابط متصل بهذا العنصر كضابط موقع المــال •

واذا كان عنصر السبب هو مركز الثقل فى العلاقة القانونية ، كما هو الحال فى مجال التصرفات القانونية ، تعين البحث عن ضابط متصل بهذا العنصر ، كضابط ارادة المتعاقدين بالنسبة للعقد أو ضابط محل وقـوع الفعل بالنسبة للمسؤولية التقصيرية •

والواقع أن اختيار الضابط المتصل بالعنصر الرئيسى فى العلاقة القانونية يكفل لها أكبر قسط من الفاعلية فى المجال الدولى • فهو من جهة يؤدى الى استمرار المعاملات الدولية بدخول رعايا كل دولة فى علاقات تتعدى حدود اقليم دولتهم دون أن يخشوا تطبيق قانون غير متوقع على العلاقة • وهو من جهة أخرى يكفل للعلاقة انتاج آثارها ، ليس فقط داخل اقليم الدولة التى تم اختيار قانونها لحكم العلاقة ، بل كذلك لدى الدول الأخرى التى تمتد اليها آثار العـلاقة اذ أن اتصال قوانين هذه الدول بالعلاقة القانونية لن يكون من الأهمية بحيث يترتب على عدم الاعتداد به المساس بالسيادة التشريعية لهذه الدول •

٢٦ — غير أنه وان كانت ضوابط الاسناد تتحدد أساسا وفقا للعنصر الرئيسى فى العلاقة القانونية الا أن هذا لا يعنى تجرد هذه الضوابط من الأهداف التى قد تمليها مصالح الدولة الأساسية وواقعها الاجتماعى • ويبرز الدور الذى تلعبه هذه الاعتبارات بصفة خاصة عند تحديد ضابط الاسناد الخاص بطائفة معينة من العلاقات والمراكز القانونية هى الطائفة المتعلقة بالأحوال الشخصية • فبالرغم من استقرار مختلف التشريعات على وجوب الأخذ فى هذا المجال بضوابط اسناد مستمدة من عنصر أطراف العلاقة ، أى الأفراد ، فان هذه التشريعات تختلف فيما بينها حول تحديد أوثق رابطة تربط الفرد بنظام قانونى معين ، هل هى رابطة انتماء الفرد بجنسيته الى الدولة أم هى رابطة اتصال الفرد باقليم الدولة عن طريق توطنه به ؟

ومن المشاهد أن تشريعات الدول المصدرة للسكان ، أى الدول التى تكثر هجرة السكان منها الى الخارج ، تفضل الأخذ بضابط الجنسية فى تحديد القانون الذى يحكم مسائل الأحوال الشخصية • ذلك أن استمرار رعايا الدولة فى الخضوع لقانونها بالرغم من وجودهم خارج اقليم هذه الدولة يبقى على الرابطة الروحية التى تربط الأفراد المستقرين بالخارج

بدولتهم • وعلى العكس من ذلك فان الدول المستوردة للسكان ، أى التى تكثر هجرة الأجانب الى اقليمها ، تأخذ عادة بضابط الموطن فى تحديد القانون الذى يحكم مسائل الأحوال الشخصية ، اذ أن الأخذ بهـذا الضابط من شأنه اخضاع هذه المسائل للقانون الوطنى بالنسـبة لكل الأجانب الذين توطنوا باقليم الدولة ، وفى ذلك ما يساعد على اندماج هؤلاء الأجانب فى مجتمع الدولة • أما ضابط الجنسية فان الأخذ به فى الدول المستوردة للسكان قد يحد من مجال تطبيق القانون الوطنى داخل اقليم الدولة بشكل غيرمقبول نظرا لأنه سيؤدى الى اخضاع كافة الأجانب المستقرين بها لقوانين الدول الأجنبية التى ينتمون اليها بجنسيتهم •

٢٧ ــ والغالب أن تتضمن قاعدة الاسناد ضابطا واحدا يتحـدد بمقتضاه القانون الواجب التطبيق على المنازعة • غير أنه قد يحدث أحيانا أن تتضمن قاعدة الاسناد الواحدة أكثر من ضابط • وقد يكون الهدف من ذلك اخضاع العلاقة القانونية الى عدة قوانين فى نفس الوقت نظرا لأهمية الصلة التى تربط هذه القوانين جميعها بالعلاقة • ويعرف ذلك بالتطبيق الجامع Application cumulative • ومن أمثلة ذلك ما نص عليه القانون المدنى المصرى والعراقى من خضوع الشروط الموضوعية للزواج لقانون كل من الزوجين ( المـادة ١٢ ) • وقد يهدف المشرع من وراء اختيار أكثر من ضابط اسناد امكان تطبيق أى من القوانين المتصـلة بالعلاقة لتساوى هذه القوانين فى صلتها بالعلاقة القانونية • ويمكن تسمية ذلك بالتطبيق الاختيارى Application alternative ومن أمثلة ذلك ما نصت عليه المادة ١٧ من القانون المدنى المصرى من اخضاع شكل الوصية لقانون الموصى وقت عمل الوصـية أو لقانون محل ابرامها • وكذلك ما قضت به المـادة ٢٠ من ذات القانون من اخضاع العقود من حيث الشـكل لقـانون محـل الابرام أو للقـانون الـذى يسرى على أحـكامها الموضـوعية أو لقانون جنسية المتعاقدين المشتركة أو لقـانون موطنها المشترك • كذلك قد يقصد المشرع بالنص على أكثر من ضابط الأخذ بصفة أصلية بالقانون الأكثر صلة بالعلاقة فان لم يتيسر اعمال هذا الضابط الأصلى تعين اعمال ضابط احتياطى للتوصل الى تطبيق القانون الذى يلى القـانون الأول من حيث قوة الارتباط بالعلاقة • ومن أمثلة ذلك ما قضت به المادة ١٩ من القانون المدنى المصرى والمادة ٢٠ من القانون المدنى السورى من اخضاع الالتزامات التعاقدية للقانون الذى اختاره

المتعاقدان صراحة أو ضمنا ، فان لم توجد ارادة صريحة أو ضمنية تعين تطبيق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين فان لم يوجد موطن مشترك خضعت لقانون محل الابرام •

## ثانيا : كيفية أعمال ضابط الاسناد :

٢٨ ــ لما كان تحديد ضابط الاسناد يتم وفقا للعنصر الرئيسى للعلاقة ، فان أعمال هذا الضابط يجب ألا يتقيد بالنتيجة التى ستترتب على هذه الأعمال • وبعبارة أخرى فان اعمال ضابط الاسناد لا يتقيد بكون الدولة الذى يشير الى تطبيق قانونها هى دولة القاضى أم دولة أجنبية •

فلو قررنا مثلا الأخذ بضابط الجنسية بالنسبة لطائفة معينة من العلاقات ، تعين اعمال هذا الضابط بشكل مطلق دون نظر الى النتيجة التى ستترتب على اعماله ، أى سواء أدى ذلك الى تطبيق القانون الوطنى أى قانون القاضى أم أدى الى تطبيق قانون أجنبى •

غير أنه من المشاهد اتجاه بعض الدول أحيانا الى الخروج عن هذا الأصل • ومن الأمثلة الواضحة على ذلك الحكم الوارد بالمادة ٢٧ من المشروع الأول للقانون المدنى الفرنسى[1] فبعد أن قررت هذه المادة فى الفقرة الأولى منها خضوع مسائل الحالة والأهلية لقانون الجنسية أتت فى الفقرة الثانية منها بقيد هام بقصد الزيادة من حالات تطبيق القانون الفرنسى فقررت عدم اعمال هذا الضابط بالنسبة للأجانب الذين تم لهم التوطن بالاقليم الفرنسى مدة تربو على خمس سنوات ، ونصت على الأخذ بضابط الموطن ، مما يترتب عليه تطبيق القانون الفرنسى بالنسبة لمسائل الحالة والأهلية الخاصة بهذه الفئة •

ومن الأمثلة الهامة على ذلك أيضا ما قضى به المشرع المصرى فى المادة ١٤ من القانون المدنى من وجوب تطبيق القانون المصرى فى المسائل

---

(١) انظر عرض نصوص هذا المشروع فى : La codification du droit international privé ص ١٨ وما بعدها . وقد اعترض الفقه الفرنسى على الحكم الوارد بالمادة ٥٩ المشار اليها مما ادى الى الغائه فى المشروعات اللاحقة للقانون المدنى الفرنسى •

المتعلقة بالزواج اذا كان أحد الزوجين مصريا وقت انعقاد الزواج ، وذلك استثناء من القاعدة العامة التى نص عليها هذا الصدد[1].

٢٩ — ولما كان تفسير قاعدة الاسناد الوطنية يخضع كماسبق أن رأينا لقانون القاضي،فانه يتعين كذلك تحديد مفهوم ضابط الاسناد كذلك وفقا لهذا القانون باعتبار هذا الضابط شق من قاعدة الاسناد . فاذا أخذت قاعدة الاسناد مثلا بضابط الجنسية فى تحديد القانون الواجب التطبيق تعين تحديد مفهوم الجنسية وفقا لقانون القاضي واذا أخذت قاعدة الاسناد بضابط الموطن تعين البحث عن مفهوم الموطن فى قانون القاضى كذلك[2].

٣٠ — وليس بكاف أن تتضمن قاعدة الاسناد ضابطا يشير الى القانون الواجب التطبيق ، بل يتعين أيضا تحديد اللحظة التى يجب فيها اعمال هذا الضابط . ذلك أن العلاقات القانونية التى تتكفل بتنظيمها قواعد الاسناد قد تمتد خلال فترة معينة من الزمن ، وقد يطرأ على ضابط الاسناد تغيرات عديدة خلال هذه الفترة . ومن ثم يتعين تحديد وقتا معينا دون غيره يعتد فيه بالضابط الذى تقرر أعماله . فاذا نصت قاعدة الاسناد مثلا على الاعتداد بالجنسية كضابط لتحديد القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج أو أخذت بضابط موقع المال فى تحديد القانون الذى يحكم اكتساب ملكية منقولة ، فانه لن يتسنى اعمال الضابط الذى نصت عليه القاعدة الا اذا قيده المشرع بلحظة زمنية معينة . فالزوج قد يغير جنسيته كما أن المال قد ينتقل من مكان الى آخر . ومن ثم يتعين بيان ما اذا كان المقصود بضابط الجنسية هو جنسية الزوج وقت ابرام الزواج أم جنسيته

---

(١) ولم يستثن المشرع من تطبيق القانون المصرى فى هذه الحالة الا شرط الاهلية للزواج على النحو الذى سنبينه بالتفصيل عند الكلام عن قواعد الاسناد بشأن الزواج .

(٢) انظر فى تفاصيل ذلك : Francescakis : Répertoire de droit International, Encyclopédie Dalloz ص ٤٩١ فقرة ٢٨٧ ، وانظر فى تطبيقات قضاء الدول المختلفة لهذا المبدأ :

Lewald : Le contrôle des cours suprêmes sur l'application des lois étrangères

منشور فى مجموعة محاضرات اكاديمية القانون الدولى بلاهاى سنة ١٩٣٦ ( المجلد الثالث ) ص ٢٤٥ وما بعدها .

بعد هذا الابرام ، كما يتعين بيان ما اذا كان المقصود بضابط موقع المال هو موقع المال وقت نشوء الحق عليه أم موقعه بعد نشوء هذا الحق •

**ثالثا : رقابة محكمة النقض على اعمال ضابط الاسناد :**

٣١ — ومن المسلم به أن الخطأ فى أعمال ضابط الاسناد يعتبر خطأ فى مسألة قانونية ويخضع بالتالى لرقابة محكمة النقض • وقد يكون الخطأ فى ماهية ضابط الاسناد ، كما لو أعمل القاضى ضابط محل الابرام بشأن نزاع متعلق بالتزام تعاقدى فى حين أنه كان يتعين عليه اعمال ارادة المتعاقدين الصريحة وكانت هذه الارادة واضحة فى العقد ، فمثل هذا الخطأ يخضع لرقابة محكمة النقض • وقد يقع الخطأ فى تحديد مدلول ضابط الاسناد ، كما لو كان ضابط الاسناد هو محل وقوع الفعل الضار فأعتد القاضى بمحل حدوث الضرر فى حين أن قانونه يقضى بوجوب الاعتداد بمحل وقوع الخطأ • ففى هذه الحالة يكون الحكم خاضعا لرقابة محكمة النقض كذلك لتعلقه بتفسير القاعدة القانونية •

أما اذا انصب الخطأ على تطبيق ضابط الاسناد على وقائع الدعوى كما لو أعمل القاضى ضابط الموطن ولكنه أخطأ فى تحديد هذا الموطن من الناحية الواقعية ، فاعتبر موطن الخصوم فى دولة غير تلك التى تم لهما الاستقرار فيها فعلا ، فان ذلك يعد خطأ فى تقدير الوقائع ومن ثم لا يخضع لرقابة محكمة النقض[1] •

---

(١) انظر فى تفاصيل ذلك الدكتور محمد كمال فهمى : رقابة المحكمة العليا على تطبيق القانون الأجنبى منشور فى مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٦٣ ( العدد الثالث ) ص ٢١ وما بعدها .

# الفصل الثانى

## فى

## تطبيق القاضى لقاعدة الاسـناد

٣٢ — عرضنا فى الفصل السابق لقاعدة الاسناد مبرزين الخصائص التى تتميز بها عن سائر القواعد القانونية • وقد أوضحنا أن هذه القاعدة تتكفل بتحديد القانون الذى يحكم العلاقات ذات الطابع الدولى عن طريق ضوابط معينة ، تتحدد أساسا وفقا لمعطيات العلاقة نفسها دون التقيد بفكرة مسبقة كاقليمية القوانين أو امتدادها •

وأول سؤال يثور ، عندما يطرح على القضاء نزاع ذو طابع دولى ، هو معرفة ما اذا كان القاضى ملزم دائما بتطبيق قاعدة الاسناد من تلقاء نفسه أم أن تطبيقه لهذه القاعدة رهن بتمسك الخصوم بها •

فاذا ما ثبت التزام القاضى بتطبيق قواعد الاسناد المقررة فى نظامه القانونى يتعين عليه بعد ذلك تحديد أى من هذه القواعد هى الواجبة التطبيق بالذات على المسألة محل النزاع •

ولما كان من المتعذر — ان لم يكن من المستحيل — وضع قاعدة اسناد بشأن كافة المسائل أو العلاقات القانونية نظرا لتشعبها وعدم امكان حصرها مقدما ، فان النظم القانونية المختلفة لم تخص كل مسألة أو علاقة بقاعدة اسناد خاصة ، وانما وضعت كل مجموعة متشابهة من المسائل أو العلاقات القانونية فى طائفة قانونية وخصتها بقاعدة اسناد معينة • وعلى ذلك فانه يتعين ، لكى يتسنى للقاضى الاهتداء الى قاعدة الاسناد الواجبة التطبيق على المسألة محل النزاع ، القيام بتحديد الطائفة القانونية التى تندرج تحتها هذه المسألة • ويطلق فقه القانون الدولى الخاص على قيام القاضى باعطاء الوصف القانونى اللازم للمسألة محل البحث وردها الى احدى

الطوائف القانونية التي خصها المشرع بقاعدة اسناد اصطلاح التكييف[1].

وعلى ذلك سنتناول فى المبحث الأول من هذا الفصل بحث مدى التزام القاضى بتطبيق قاعدة الاسناد ثم نعرض فى المبحث الثانى لمشكلة تحديد الوصف القانونى للعلاقة أو المسألة محل النزاع وهى المشكلة المعروفة بالتكيف[1] .

## المبحث الأول

## فى

## مدى التزام القاضى بتطبيق قاعدة الاسناد الوطنيـــة

٣٣ ـ يتطلب فض المنازعات المشتملة على عنصر أجنبى ـ كما سبق لنا البيان ـ تطبيق قاعدة الاسناد للتوصل الى تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة .

غير أنه من الملاحظ أن الخصوم كثيرا ما يتجاهلون الاشارة فى دعواهم أمام القضاء الى قاعدة الاسناد التى تحكم منازعتهم . ويرجع ذلك الى العديد من الأسباب ، فقد يجهل أطراف النزاع وجود مثل هذه القاعدة ، وقد يجهلون مضمون القانون الأجنبى الذى تشير بتطبيقه قاعدة الاسناد ، وبالتالى يفضلون عدم الاستناد الى قاعدة الاسناد نظرا الى أنها ستؤدى الى تطبيق قانون يجهلونه . كذلك قد يتعمد الخصوم اغفال التمسك بقاعدة الاسناد اذا ما تبين لهم أن اعمالها من شأنه تطبيق قانون لا يرغبون الخضوع لأحكامه . فاذا أراد ايطاليان أو أسبانيان مثلا الحصول على حكم بالتطليق من القضاء المصرى فانهما يتعمدان عدم الاشارة فى الدعوى الى قاعدة الاسناد المصرية التى تقضى بتطبيق قانون جنسية الزوج ، أى تطبيق القانون الايطالى أو الأسبانى نظرا لتشددهما البالغ بالنسبة لفصم رابطة الزوجية .

---

(١) ويعبر عن التكيف بالفرنســية باصطلاح Qualification وبالانجليزية باصطلاح Classification .

ويثور السؤال عن موقف القاضى الوطنى عند عدم تمسك الخصوم باعمال قاعدة الاسناد : هل يتعين عليه حينئذ اهمال هذه القاعدة بدوره أم أنه ، على العكس من ذلك يلتزم بتطبيقها من تلقاء نفسه ؟[1] •

وسنقوم فى مبحث أول بعرض موجز للاتجاهات السائدة فى بعض النظم القانونية الرئيسية فيما يتعلق بمدى التزام القاضى بتطبيق قاعدة الاسناد الوطنية ثم نعرض فى مبحث ثان للاتجاهات الفقهية السائدة فى هـذا الصدد ، موضحين الاتجاه الذى نفضل الأخذ به •

## المطلب الأول

## الاتجاهات السائدة فى بعض النظم القانونية الرئيسية

٣٤ ــ باستعراض ما ذهب اليه القضاء فى بعض النظم القـانونية الرئيسية يتضح لنا وجود اتجاهات ثلاثة :

الأول يقرر عدم جواز تطبيق القاضى الوطنى لقاعدة الاسناد من تلقاء نفسه ومن الأمثلة على ذلك النظام الانجليزى •

والثانى يجيز للقاضى الوطنى تطبيق قاعدة الاسناد من تلقاء نفسه دون أن يشكل ذلك التزاما عليه ، ومن أهم الأمثلة على هـذا الاتجاه النظام الانجليزى •

والثالث مؤداه التزام القاضى باعمال قاعدة الاسناد من تلقاء نفسه ومن أهم الأمثلة على هذا الاتجاه النظام الألمـانى •

---

(١) وجدير بالذكر ان القضاء والفقه فى مختلف الدول كثيرا ما يعـرض لبحث مشكلة تطبيق القاضى لقاعدة الاسناد الوطنية كجـزء من مشـكلة تطبيق القاضى للقانون الأجنبى . غير أن بحث المشكلة فى هذا الاطـار ينطوى على نوع من الخلط نظـرا لاختلاف كل من المشكلتين من حيث الجوهر ، لذلك آثرنا عدم الجمع بين هاتين المشكلتين وبحث كل منهما فى الموضـع المناسب لدراسته .

١ ــ الاتجاه الأول : عدم جواز تطبيق القاضى لقاعدة الاسناد من تلقاء نفســه .

٣٥ ــ لا يوجد فى النظام القانونى الانجليزى ما يلزم القاضى صراحة بالامتناع عن تطبيق قاعدة الاسناد من تلقاء نفسه فى المنازعات المشتملة على عنصر أجنبى . غير أن القضاء لجأ الى حيلة قانونية من شأنها من الناحية العملية منع القاضى من تطبيق قاعدة الاسناد تلقائيا ، اذ افترض تطابق أحكام القانون الأجنبى تطابقا كاملا مع أحكام القانون الانجليزى . وعلى ذلك فانه يتعين على القاضى الانجليزى أن يقوم بتطبيق احكام القانون الانجليزى الموضوعية على كافة ما يعرض عليه من منازعات مشتملة على عنصر أجنبى ما لم يثبت الخصوم المضمون الحقيقى للقانون الأجنبى ، التى تشير بتطبيقه قاعدة الاسناد المنصوص عليها بالقانون الانجليزى ، ويقيمون الدليل على أن أحكامه تختلف عن أحكام القانون الانجليزى[1] . لذلك استقر القضاء الانجليزى على اهمال قاعدة الاسناد الانجليزية من الناحيــة الفعلية وتطبيق أحكام القــانون الانجليزى الموضوعية فى جميع المنازعات التى لم يستطع فيها الخصوم اقامة الدليل على اختلاف أحكام القانون الأجنبى عن أحكام القانون الانجليزى[2] .

٣٦ ــ ولمـا كانت المحكمة العليا الانجليزية[3] لا تعدو أن تكون درجة ثالثة من درجات التقاضى ، بمعنى أنه لا يوجد ما يمنعها من التعرض لوقائع الدعوى من جديد ، فان المشكلة لا تثور بشأن مدى امكان التمسك

---

(١) انظر من قبيل المثال حكم محكمة الاستئناف الانجليزية الصادر سنة ١٩٤٧ فى قضية De Reneville v. Reneville قررت المحكمة صراحة أنه :
"In so far as any question has to be decided by reference to French law, that law must on ordinary principles in the absence of proof to the contrary be assumed to be the same as English law".
Court of Appeal سنة ١٩٤٨ صفحة ١١٣ .

(٢) وجدير بالذكر أنه بالرغم من اضطراد القضاء الانجليزى على الاخذ بهذا الحل ، فان القضاء الانجليزى الحديث لم يتردد فى التعبير عن عــدم رضائه عن هذا الاتجاه بالرغم من تأكيده ضرورة الأخــذ به عمــلا بنظام السابقة القضائية . انظــر حكم محكمة الاستئناف الانجليزية الصادر سنة ١٩٦١ فى قضية Re Latham صفحة ١١٦٨ 3 Weekly Law Reports

(٣) House of Lords

أمامها لأول مرة بوجوب اعمال قاعدة الاسناد ، كما هو الحال بالنسبة للنظم القانونية الأخرى التى سنعرض لها فيما يلى[1] •

### ٢ ـ الاتجاه الثانى : جواز تطبيق القاضى لقاعدة الاسناد من تلقاء نفسه دون التزامه بذلك ( النظام الفرنسى ) •

٣٧ ـ ويستفاد من الأحكام الحديثة لمحكمة النقض الفرنسية أن القضاء الفرنسى لا يعتبر القاضى ملزما بتطبيق قاعدة الاسناد من تلقاء نفسه ولكنه لا يحرمه فى الوقت ذاته من هذا الحق لو أراد هو ذلك •

ففى حكم صادر لمحكمة النقض الفرنسية فى ٢ مارس ١٩٦٠[2] ، قررت المحكمة أنه « يسوغ لقضاة الموضوع أن يطبقوا القانون الأجنبى من تلقاء أنفسهم حتى ولو لم يكن ذلك فى أمر يمس النظام العام » •

غير أنه فى الوقت ذاته ذهبت محكمة النقض الفرنسية فى حكم آخر لها صادر فى قضية Bishal الشهيرة الى أن « قواعد الاسناد الفرنسية لا تتعلق بالنظام العام على الأقل حين تشير باختصاص القانون الأجنبى ، بمعنى أن على الخصوم التمسك بتطبيق هذا القانون • وعلى ذلك فلا ينعى على قضاة الموضوع عدم تطبيقهم للقانون الأجنبى من تلقاء أنفسهم[3] » •

---

(١) نظر فى ذلك Cheshire : Private International Law. ص ٢٢٥ •

(٢) منشور فى مجلة Clunet سنة ١٩٦١ صفحة ٤٠٨ مع تعليق للأستاذ Goldman وكان الطعن قد نعى على محكمة الموضوع تطبيقها التلقائى للقانون الأجنبى رغم أن الخصوم لم يتمسكوا بتطبيقه ، فرفضت المحكمة هذا الوجه من الطعن •

وانظر كذلك حكم محكمة استئناف باريس فى ٦ ابريل سنة ١٩٦٢ منشور فى Revue Critique سنة ١٩٦٣ صفحة ٣٦٤ ( مع تعليق للأستاذ Batiffol ) وقد استخلص الأستاذ باتيفول من هذه الأحكام أنه اذا تعلقت قاعدة الاسناد بمواد تعد من النظام العام فى القانون الداخلى فان القاضى يلتزم باعمالها من تلقاء نفسه حتى ولو لم يتمسك بها الأفراد لأن قاعدة الاسناد تكون بدورها متعلقة بالنظام العام فى هذه الحالة •

(٣) منشور فى Recueil Dalloz سنة ١٩٦٠ صفحة ٦١٠ ( مع تعليق للأستاذ Malaurie ) وكانت محكمة الموضوع قد حكمت بالطلاق بين زوجين أسبانيين وفقا لأحكام القانون الفرنسى متجاهلة بذلك أحكام القانون الأسبانى الذى تقضى بتطبيقه قواعد الاسناد الفرنسية • وقد طعنت الزوجة فى الحكم بالنقض ناعية على محكمة الموضوع عدم تطبيقها التلقائى للقانون الأسبانى فرفضت المحكمة الطعن للأسباب الموضحة أعلاه •

٣٨ — ويترتب على كون القاضى الفرنسى غير ملزم بتطبيق قاعدة الاسناد من تلقاء نفسه عدم جواز تمسك الأفراد بتطبيق قاعدة الاسناد لأول مرة أمام محكمة النقض وقد استقرت أحكام محكمة النقض الفرنسية على هذا المعنى . ذلك أنه من المسلم به فى النظام الفرنسى عدم جواز ابداء طلبات أو أوجه دفاع لأول مرة أمام محكمة النقض[١] .

وجدير بالذكر أن مشروع القانون الدولى الخاص المكمل للقانون المدنى الفرنسى قد حسم الموقف بالنص صراحة على وجـوب تطبيق القاضى لقواعد الاسناد الفرنسية من تلقاء نفسه[٢] .

**٣ — الاتجاه الثالث : التزام القاضى بتطبيق قاعدة الاسناد من تلقاء نفسه ( النظام الألمـانى )**

٣٩ — استقر القضاء الألمـانى منذ أواخر القرن الماضى[٣] على التزام القاضى بتطبيق قاعدة الاسناد من تلقاء نفسه ، أى حتى ولو لم يتمسك بها الخصوم . ويترتب على ذلك أنه فى جميع المنازعات المشتملة على عنصر أجنبى يلتزم القاضى بتطبيق قاعدة الاسناد ، ولا يجوز له التخلص من هذا الالتزام حتى ولو كان الحل النهائى للنزاع الذى سيؤدى اليه

---

(١) وقد بررت بعض الأحكام عدم امكان التمسك بقاعدة الاسناد لأول مرة أمام محكمة النقض بحجة مقتضاها أن هذا التمسك يعتبر وجه دفاع يختلط فيه الواقع بالقانون Mélange de fait et de droit ومن ثم لا يجوز ابداؤه لأول مرة أمام محكمة النقض . انظر حكم محكمة النقض الفرنسية الصـادر فى ١١ يوليـو سنة ١٩٦١ منشـور فى Revue Critique سنة ١٩٦٢ صفحة ١٢٤ .

(٢) تقضى المـادة ٢٢٨٧ من المشروع الثالث لقواعد القـانون الدولى الخاص المكمل للقانون المدنى الفرنسى لسنة ١٩٦٧ بانه :

Les tribunaux appliquent, même d'office, les règles françaises de conflit de lois.

(٣) انظر حكم محكمة الرايخ الألمـانى الصادر فى ٣٠ يناير سنة ١٨٨٩ منشـور فى :

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen

السنة الثالثة والعشرين ص ٣٣ .

تطبيق القانون الوطني ، مطابقا للحل الذى سيؤدى اليه تطبيق القانون الأجنبى الواجب التطبيق على النزاع وفقا لقاعدة الاسناد[1] .

وقد اضطردت أحكام القضاء الألمانى على أنه يجوز التمسك بتطبيق قاعدة الاسناد لأول مرة أمام المحكمة العليا ، باعتبار أن ذلك مجرد ابداء لحجة قانونية . والمحكمة العليا فى النظام الألمانى تملك تصحيح الأخطاء القانونية . كذلك يكون حكم محكمة الموضوع معيبا ومسوغا للطعن أمام المحكمة العليا اذا ما تهرب القاضى من اعمال قاعدة الاسناد[2] .

## ٤ ـ موقف القضاء المصرى :

٤٠ ـ أما القضاء المصرى فلا يمكن ادراجه بصورة مؤكدة ضمن أحد النظم السالفة الذكر . ذلك أن القضاء لم يتصد صراحة لبحث مدى التزام القاضى بتطبيق قواعد الاسناد الوطنية بصورة عامة . غير أن محكمة النقض تعرضت ، فى حكم حديث لها[3] ، لمدى القوة الالزامية لاحدى قواعد الاسناد بالذات . ففى نزاع يتعلق بتطبيق المادة ١٤ من القانون المدنى من حيث الزمان قررت المحكمة أن « نص المادة ١٤ نص آمر يتعلق بالنظام العام يسرى بأثر فورى » .

ويثير هذا الحكم التساؤل عما اذا كانت محكمة النقض المصرية تتجه

---

(١) أنظر فى تفاصيل ذلك Riezler : Internationales Zivilprozessrecht والأحكام المشار اليها فيه صفحة ٤٩٢ وما بعدها وانظر كذلك : Kegel : Internationales Privatrecht : صفحة ١٦٢ ، وانظر ايضا Wolff : Internationales Privatrecht صفحة ٨٤ . كذلك يتجه النظام النمساوى والنظام التشيكى الى الزام القاضى بتطبيق قاعدة الاسناد من تلقاء نفسه ، كما يتجه الى ذلك ايضا النظام السوفييتى ونظم الديمقراطيات الشعبية . انظرفى تفاصيل ذلك: الدكتورمصطفى كامل ياسين Problèmes relatifs à l'application du droit étranger منشور فى مجموعة محاضرات اكاديمية القانون الدولى بلاهاى سنة ١٩٦٢ ( **المجلد الثانى ) ٥٣٧ وما بعدها .**
وانظر كذلك Gsovski : Soviet civil law ص ٥٥٧ ، وانظر كذلك مقال **De Szaszy منشور فى Revue Critique سنة ١٩٦٣ ص ٢٥١ .**

(٢) أنظر فى ذلك Lewald : Le contrôle des Cours **Suprêmes sur l'application des lois étrangères منشور فى مجموعة اكاديمية القانون الدولى بلاهاى سنة ١٩٣٦ مجلد ٣ ص ٢٦٣ .**

**(٣) حكم محكمة النقض الصادر فى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٦٠ ، مجموعة أحكام النقض السنة الحادية عشرة رقم ٩١ ص ٥٨٣ .**

الى اعتبار جميع قواعد الاسناد قواعد آمرة تتعلق بالنظام العام ، ومن ثم يتعين على القاضى تطبيقها من تلقاء نفسه ، أم أن المحكمة لم تقصد بهذا الوصف سوى المادة ١٤ محل البحث .

ومن العسير أن نستخلص من هذا الحكم اتجاها واضحا نظرا لعدم ذكر الحكم للأساس الذى بنت عليه المحكمة اعتبار نص المادة ١٤ نصا آمرا متعلقا بالنظام العام ، فالمحكمة لم توضح ما اذا كان هذا الوصف مرجعه اعتبار جميع قواعد الاسناد من القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام ، أم أن هذا الوصف يرجع الى اعتبارات تتعلق بحكم المادة ١٤ ذاته[١] .

## المطلب الثانى

## الاتجاهات الفقهية

## بشان التزام القاضى بتطبيق قاعدة الاسناد

٤١ — يتجاهل الفقه فى الغالب من الأحيان بحث مشكلة التزام القاضى بتطبيق قاعدة الاسناد فى ذاتها ، أو يتناول المشكلة أحيانا بطريقة عرضية وهو بصدد بحث مشكلة التزام القاضى بتطبيق القانون الأجنبى والتعرف على مضمونه[٢] .

---

(١) ومن المعلوم ان المادة ١٤ تنص على وجوب تطبيق أحكام القانون المصرى فى مجال الزواج اذا كان أحد الزوجين مصرى الجنسية . وقد كان هدف المشرع من وراء النص على هذا الحكم هو بسط نطاق تطبيق القانون المصرى فى مجال الزواج كلما كان أحد الزوجين مصريا لارتباط الأسرة بالمجتمع المصرى . ومن ثم فقد يكون السبب فى اعتبار المحكمة أن نص المادة ١٤ من القانون المدنى نصا آمرا هو تعلق هذا النص بمسالة تمس السياسة التشريعية التى تهدف الى التوسع فى الحالات التى يحكمها القانون المصرى . قارن رسالة الدكتور هشام صادق : مركز القانون الأجنبى أمام القاضى الوطنى صفحة ١٤٧ .

(٢) انظر على سبيل المثال
Niboyet : Traité de droit international privé
الجزء الثالث صفحة ٦ Maury : Règles générales des conflits de lois
بمجموعة محاضرات اكاديمية القانون الدولى بلاهاى سنة ١٩٣٦ ( المجلد الثالث ) صفحة ٣٨٩ وما بعدها . وقارن
Loussouarn : Le contrôle par la cour de cassation de l'application des lois, étrangères. منشور فى :
Travaux du comité français de droit international privé
سنة ١٩٦٣ ص ١٣٣ فى :

ويبدو لنا أن المنطق القانونى السليم يقتضى الفصل بين المشكلتين . فمشكلة تطبيق قاعدة الاسناد تأتى فى مرحلة أولى ويتعين حسمها بالنسبة لكافة العلاقات المشتملة على عنصر أجنبى أما مشكلة تطبيق القانون الأجنبى والبحث عن مضمونه فهى مشكلة تثور فى مرحلة لاحقة كنتيجة لاشارة قاعدة الاسناد الى تطبيق قانون آخر غير قانون القاضى . هذا فضلا عن اختلاف معطيات كل من المشكلتين ، فالأولى ترتبط أساسا بمدى القوة التى تتمتع بها قاعدة الاسناد بوصفها احدى القواعد القانونية الوطنية ، فى حين أن الثانية مشكلة تتعلق أساسا بمدى التزام القاضى بالتعرف على مضمون قانون دولة أجنبية .

٤٢ — واذا كان بعض الفقه ينكر التزام القاضى بتطبيق القانون الأجنبى من تلقاء نفسه كما سنرى فيما بعد ، فانه لا يوجد فى فقه القانون الدولى الخاص المعاصر من ينكر بصفة مطلقة التزام القاضى باعمال قاعدة الاسناد .

غير أن الفقه قد اختلف فى أساس القوة الالزامية لقاعدة الاسناد . وقد ترتب على ذلك انقسامه كذلك بشأن تحديد الحالات التى يلتزم فيها القاضى باعمال قاعدة الاسناد .

فذهب فريق من الفقه الى أن القوة الالزامية لقواعد الاسناد تستمد أساسها من وظيفة قاعدة الاسناد . فتنازع القوانين هو فى حقيقته تنازع بين السيادات . وقواعد الاسناد هى التى تتكفل بحسم هذا التنازع . ومن ثم يجب على القاضى تطبيق هذه القواعد من تلقاء نفسه فى جميع الحالات لأن مخالفته لها تنطوى على انتهاك لسيادةدولته التشريعية وسيادة الدول الأخرى[1] . كما يجوز للخصوم التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض[2] .

ويرى فريق آخر أن مناط القوة الالزامية لقاعدة الاسناد هو تعلقها

---

(١) انظر فى ذلك : Pillet : Traité de droit international privé فقرة ٥١

(٢) انظر فى ذلك : Batiffol : Droit international privé. الجزء الأول ص ١١٠ .

بالنظام العام ، غير أنهم يختلفون عن الفريق الأول فى رفضهم اعتبار كافة قواعد الاسناد من النظام العام • وقد ذهب الفقيه Batiffol وهو من أهم المدافعين عن هذا الرأى فى بادىء الأمر الى القول بأن قواعد الاسناد لا تتعلق بالنظام العام على الأقل فى الحالات التى تشير فيها الى تطبيق قانون أجنبى ، وبالتالى فان القاضى لا يلتزم بتطبيقها تلقائيا بالنسبة لهـذه الحالات[1] غير أن الفقيه Batiffol قد تنبه الى الخطر الذى يترتب على ترك القاضى حرا فى تطبيق أو عدم تطبيق قاعدة الاسناد فى الحالة التى تؤدى فيها الى تطبيق قانون أجنبى ، اذ من شـأن ذلك تمكين الخصوم من التحايل ، فهم يستطيعون اختيار المحكمة التى يعلمون مقدما أنها ستطبق قاعدة الاسناد من تلقاء نفسها أو اختيار تلك التى تهمل اعمال هذه القاعدة وفقا لما تمليه مصالحهم فى كل حالة • وقد أطلق الأستاذ Batiffol على هذا الوضع اصطلاح Forum shopping مشبها اختيار الخصم للمحكمة باختيار العميل للمتجر الأصلح لتلبيـة رغباته[2] وقد ترتب على ذلك عدول الأستاذ Batiffol عن رأيه الأول مقررا وجوب النظر فى قاعدة الاسناد نفسها وليس الى ما قد تؤدى اليه من تطبيق القانون الوطنى أو الأجنبى ، واعتبر قاعدة الاسناد من النظام العام اذا تعلقت باحدى المسائل التى تأخذ هذا الطابع فى اطار القانون الداخلى والتى لا يجوز للأفراد استبعاد أحكام القانون المنظمة لها • وقد رتب على ذلك أن القاضى لا يلتزم بتطبيق قاعدة الاسناد الا اذا تعلقت

---

(١) انظر فى ذلك
Batiffol : Traité élémentaire de droit international privé
( الطبعة الثالثة ) صفحة ٣٩١ وصفحة ٤٠٤ ، وقد أخذ القضاء الفرنسى بهذا الرأى . انظر حكم محكمة النقض الفرنسية فى قضية Bisbal السابق الاشـارة اليها .

(٢) انظر تعليق الأستاذ Batiffol على الحكم الصادر فى قضية Bisbal والمنشور فى Revue Critique سنة ١٩٦٠ صفحة ٦٢ . وهو يقـرر فى هذا الصدد انه « قد تجـرى المحاكم فى منطقة ما على تطبيق القـانون الاسبانى او الايطالى من تلقـاء نفسها لعلمهـا باحكام هـذه القوانين وترفض الطلبات المقدمة اليها بالطلاق على هذا الاسـاس ، بينما قد يطبق القضاة فى مناطق اخرى احكام القانون الفرنسى ويحكمون بالطلاق بين زوجين اسبانيين او ايطاليين لجهلهم باحكام هذين القانونين ، مما يؤدى الى محاولة كل ذى مصلحة التحايل على قواعد الاختصاص المحـلى بشتى الطرق ، وعلى الأخص بتغيير موطنه الظاهر ليذهب الى المحكمة التى يعـلم مقـدما ان أحكامها اكثر تحقيقا لأغراضه » .

هذه القاعدة بمسألة تعد من النظام العام فى النظام القانونى الداخلى[1] •

ويذهب رأى ثالث الى أن أساس القوة الالزامية لقاعدة الاسناد ينبع من كونها من القانون الوطنى ، فالقاضى الوطنى يلتزم بتطبيق جميع القواعد الوطنية من تلقاء نفسه ، بما فيها قواعد الاسناد •

غير أنه من المعلوم أن التزام القاضى بتطبيق القواعد الوطنية يختلف مداه وفقا لكون هذه القواعد آمرة أم مفسرة • فهو يلتزم بتطبيق القواعد الآمرة فى قانونه فى جميع الحالات • أما القواعد المفسرة فانه يجوز للأفراد استبعادها صراحة • وانطلاقا من هذه المسلمة يمكن القول أن القاضى ملزم دائما بتطبيق قاعدة الاسناد ، غير أنه يجوز فى الوقت ذاته للأفراد استبعاد قاعدة الاسناد اذا كانت تدخل فى نطاق القواعد المفسرة[2] •

ويرى فريق رابع أن القوة الالزامية لقاعدة الاسناد يجب أن تستمد من الأساس الذى تقوم عليه القاعدة •

فقواعد الاسناد انما وجدت فى رأيهم لتحقيق أكبر قسط من العدالة للأفراد فى منازعاتهم ذات الطابع الدولى • وعلى ذلك فانه يتعين على القاضى تطبيق قاعدة الاسناد فى جميع الحالات للوصول الى أكثر الحلول عدالة[3] •

**رأينا الخاص :**

٤٣ — ونحن نرى أن تحديد مدى التزام القاضى بتطبيق قواعد

---

(١) انظر تعليق الأستاذ Batiffol السابق الاشارة اليه ، وراجع أيضا رسالة الدكتور هشام صادق : مركز القانون الأجنبى أمام القضاء الوطنى ص ١٣٦ . وقد سبق الأستاذ Motulsky الفقيه Batiffol فى المناداة بهذا الرأى غير انه عدل عنه فى مرحلة لاحقة كما سنوضح فيما بعد ( أنظر مقال Motulsky المنشور فى : Mélanges offerts à J. Maury الجزء الأول ص ٣٦٥ .

(٢) انظر تعقيب الأستاذ Motulsky على تقرير الأستاذ Loussouarn منشور فى Travaux du comité français, de droit international privé. سنة ١٩٦٣ صفحة ١٦٩ .

(٣) أنظر فى ذلك الدكتور مصطفى كامل ياسين المرجع السابق ص ٥٣٠ وما بعدها .

الاسناد يجب أن يحكمه فى رأينا الهدف من قواعد الاسناد . ولا يمكن فى رأينا القول فى الوضع الراهن لحياة الجماعة الدولية ، بأن قواعد الاسناد انما تهدف الى مجاملة الدول الأجنبية عن طريق السماح بتطبيق القاضى الوطنى لقوانينها[1] مما يجوز معه تصور عدم التزام القاضى باعمال هذه القواعد . كذلك فانه من العسير فى رأينا القول بأن الهدف من قواعد الاسناد هو تحقيق العدالة فى علاقات الأفراد ذات الطابع الدولى كما يرى البعض[2] ، أو تحقيق مصالحهم على أفضل وجه كما يرى البعض الآخر[3] . فالهدف الحقيقى لقواعد الاسناد فى رأينا هو تحقيق التعايش المشترك بين النظم القانونية المختلفة[4] ولتحقيق هذا التعايش يقوم المشرع الوطنى بوضع القواعد الكفيلة بتحديد مجال تطبيق مختلف النظم القانونية أو بعبارة أبسط تحديد المجال الحيوى لكل من هذه النظم ، ويترك لكل نظام قانونى حكم المسائل التى يرى أنها وثيقة الصلة به والتى يقدر ضرورة خضوعها لهذا النظام حتى لا تختل

---

(١) انظر فى تفاصيل فكرة المجاملة Courtoisie internationale وتطورهاتى هذا المجال Zajtay : **La condition de la loi étrangère en droit internationalprivé français** صفحة ٦٢ وما بعدها .

(٢) انظر فى ذلك الدكتور مصطفى كامل ياسين المرجع السابق ص ٥٣٠ .

(٣) انظر فى هذا الرأى :
Lerebours-Pigeonnière et Loussouarn : Droit international privé (8e édition) فقرة ٣٠٢ . وانظر فى نفس المعنى ايضا : Francescakis : La théorie du renvoi. فقرة ١١٧ وما بعدها

(٤) ومن اهم القائلين بهذا الهدف الفقيه Batiffol انظر مؤلفه :
Aspects philosophiques de droit international privé.
ص ١٦ وانظر كذلك :
Vallindas : Droit international privé lato sensu ou stricto sensu.
منشور فى Mélanges Maury الجزء الاول ص ٥٠٩ وما بعدها .
وقد اخذ بهذا الراى كذلك عميد فقه القانون الدولى الخاص السوفييتى الاستاذ Lunz انظر مقاله
Problems of private international law in the relations between the countries of the world socialist system : Soviet yearbook of international law
ص ٨٢ ؛ كما اخذ به بعض الفقهاء البارزين فى الديمقراطيات الشعبية باوروبا ، انظر :
De Szaszy : **L'évolution des principes généraux de droit international privé dans les pays de Démocratie populaire.**
منشور فى Revue critique سنة ١٩٦٢ ص ١٢ .

حياة الجماعة الدولية ، وذلك دون اخلال بمصالح الدولة الأساسية ومقتضيات واقعها الاجتماعى • ومن ثم فمن غير المقبول السماح للافراد بالأتفاق على استبعاد تطبيق قواعد الاسناد ، نظرا لأن الهدف من هذه القواعد ليس تحقيق مصالح الأفراد الخاصة وانما هو كفالة قيام كل نظام قانونى بحكم المسائل الوثيقة الصلة به والتى هو أقدر من غيره على حكمها ، وذلك فى تقدير النظام القانونى فى دولة القاضى •

وعلى ذلك فان القاضى المصرى فى رأينا يلتزم من تلقاء نفسه باعمال قواعد الاسناد وذلك سواء تمسك الخصوم بهذه القواعد أم لم يتمسكوا[1]•

٤٤ — ولا يختلف الأمر فى حالة عدم وجود قاعدة اسناد تشريعية فالقاضى يتعين عليه حينئذ وفقا لنص المادة ٢٤ من القانون المدنى

---

(١) لم تعرض غالبية الفقه المصرى لبحث مدى التزام القاضى باعمال قاعدة الاسناد ، بل عرضوا مباشرة لدور القاضى فى تطبيق القانون الأجنبى نفسه . انظر من قبيل المثال الدكتور محمد عبد المنعم رياض . مبادىء القانون الدولى الخاص فقرة ٤٣٢ والدكتور حامد زكى : القانون الدولى الخاص المصرى فقرة ١٦٦ . والدكتور جابر جاد عبد الرحمن : تنازع القوانين ص ٦٠٤ ، والدكتور منصور مصطفى منصور : مذكرات فى القانون الدولى الخاص ص ١٤٩ ، والدكتور شمس الدين الوكيل : دراسة مقارنة فى اثبات القانون الأجنبى ورقابة المحكمة العليا على تفسيره ، منشور فى مجلة كلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية سنة ١٩٦٤/٦٣ ص ١٣٧ أما الفقهاء الذين عرضوا صراحة لبحث مدى التزام القاضى الوطنى باعمال قاعدة الاسناد فقد أجمعوا على وجوب اعمال القاضى لهذه القاعدة : فيرى الدكتور عز الدين عبد الله أن قاعدة الاسناد هى جزء من قانون القاضى وبالتالى يتعين عليه تطبيقها من تلقاء نفسه . انظر مؤلفه : القانون الدولى الخاص ( الطبعة السادسة ) ص ٥٧٨ ويرى الدكتور محمد كمال فهمى أن القاضى يلتزم باعمال قاعدة الاسناد تلقائيا « لأنها تصدر عن اعتبارات خاصة تتعلق بسياسة التشريع . . وبوجه عام يمكن أن يقال أن شتى الاعتبارات التى يعتد بها الشارع عند سنه لقواعد الاسناد تتصل بسياسة التشريع وهذا امر يدخل فى صميم فكرة النظام العام » انظر بحثه فى رقابة المحكمة العليا على تطبيق القانون الأجنبى منشور فى مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٦٣ ( العدد الثالث ) ص ٤٧ و ص ٥٢ . ويميل الدكتور هشام صادق الى الأخذ بهذا الراى اذ يقرر أن قاعدة الاسناد تلزم القاضى الوطنى لأنها « تهدف الى تطبيق أنسب القوانين لحكم المسألة المعروضة وفقا للسياسة التشريعية التى يرمى الشارع الوطنى الى تحقيقها وتلك اعتبارات تمس بالضرورة صميم النظام العام » انظر مؤلفه فى تنازع القوانين ( الطبعة الثانية ) ص ٢٢٧ ورسالته فى مركز القانون الأجنبى امام القاضى الوطنى ص ١٤٥ .

استخلاص هذه القاعدة من مبادىء القانون الدولى الخاص[1] • فعبء البحث عن قاعدة الاسناد يقع فى هذه الحالة أيضا على عاتق القاضى ولكن ليس هناك مايحول دون استعانته بالخصوم لاستخلاص قاعدة الاسناد التى تقضى بها مبادىء القانون الدولى الخاص • وهذا البحث وان كان لا يقع أصلا على عاتق الخصوم فان مصلحتهم فى الدعوى كثيرا ماتفرض عليهم معاونة القاضى فى البحث عن القاعدة القانونية التى تحكم النزاع•

٤٥ — وغنى عن البيان ان اعمال القاضى لقواعد الاسناد يخضع لرقابة محكمة النقض • فاذا أغفل القاضى تطبيق قاعدة الاسناد كان حكمه موجبا للنقض • ولا يجوز الاحتجاج فى هذا الصدد بأن الخصوم لم يتمسكوا بتطبيق القاعدة أو اتفقوا صراحة على مخالفتها ، اذ أن هذه القواعد جميعها من قبيل القواعد الآمرة التى لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها[2] •

## المبحث الثـانى

## فى تحديد الأوصاف القانونية للعلاقة ذات الطابع الدولى

## أو

## تنازع القوانين بشأن التكييف

٤٦ — جرت النظم القانونية — كما سبق أن أوضحنا — على تنظيم

(١) تقضى المـادة ٢٤ من القانون المدنى المصرى بانه « تتبـع فيما لم يرد فى شأنه نص فى المواد السابقة من احوال تنازع القوانين مبادىء القـانون الدولى الخـاص » •

(٢) وقد ذهب البعض ( أنظر الدكتور مصطفى كامل ياسين : المرجـع السابق ) الى أن بعض قواعد الاسناد تعد من قبيل القواعد المفسرة واشاروا فى هذا الصدد الى قاعدة الاسناد المتعلقة بالالتزامات التعاقدية والتى تقـرر اخضاع العقد للقانون الذى يختاره المتعاقدان صراحة أو ضمنا اذ اعتبروا أن السماح للأفراد باختيار القانون الواجب التطبيق على عقودهم ينفى الصفة الآمرة لقاعدة الاسناد فى هذه الحالة .

وواضح ما فى هذا الراى من خلط ، فالسماح للأفراد باختيار القـانون الذى يحكم العقد انمـا هو فى ذاته اعمـال لقاعدة الاسناد التى اتخـذت من ارادة المتعاقدين فى هذه الحالة ضابطا للاسناد ولا يفيـد على الاطلاق امكان عدم تمسك المتعاقدين بتطبيق قاعدة الاسناد او مخالفتهم لها .

العلاقات ذات الطابع الدولى عن طريق قواعد اسناد تتكفل باختيار أنسب القوانين لحكم المسألة ذات الطابع الدولى •

غير أنه نظرا لتشعب العلاقات والمسائل القانونية وعدم امكان حصرها مقدما ، فقد اقتصرت النظم المختلفة على ضم كل مجموعة من المسائل أو العلاقات التى تتشابه فى أوصافها ضمن طائفة قانونية واحدة وخصتها بقاعدة اسناد معينة يتم عن طريقها تحديد القانون الواجب التطبيق اذا ما عرض نزاع ذو طابع دولى يتعلق بهذه الطائفة •

ولما كانت علاقات الأفراد تظل مجرد علاقات واقعية Lebensverhältniss الى أن يتناولها التنظيم القانونى • وكانت الدول تختلف فيما بينها بشأن تحديد الأوصاف القانونية للمسائل المختلفة ، كما تختلف فى تحديد الطوائف التى يمكن رد هذه المسائل اليها ، فان النزاع ذى الطابع الدولى لا يثير فقط تنازعا بين قوانين الدول حول القانون الذى يتعين أن تخضع له المسألة محل البحث بل انه يثير أيضا تنازعا بين هذه القوانين حول القانون الذى يتعين أن يتحدد بمقتضاه الوصف القانونى لهذه المسألة والذى يتم عن طريقه رد المسألة الى طائفة قانونية معينة خصها المشرع بقاعدة اسناد •

## المطلب الأول

## الاتجاهات المختلفة بشأن القانون الذى يحكم التكييف

٤٧ — وقد اطرد القضاء خلال فترة طويلة على تجاهل وجود تنازع بين القوانين فيما يتعلق بتحديد طبيعة المنازعات ذات الطابع الدولى المطروحة أمامه ، اذ كان يقوم دون تردد باعطاء الوصف القانونى للمنازعة وفقا لقانونه • والواقع أن عدم احساس القضاء بوجود تنازع بين القوانين عند تحديده لطبيعة النزاع المطروح أمامه وأخذه بشكل آلى بالوصف القانونى الذى يقرره قانون دولته أمر لا يخلو من المنطق • ذلك أن النزاع لا يعدو أن يكون مجرد وقائع طالما لم يتم اعطاؤه وصفا قانونيا معينا ، وبالتالى فان رجوع القاضى الى قانون دولته ليستمد منه الوصف القانونى اللازم للنزاع المطروح أمامه أمر لا مفر منه للتوصل الى معرفة قاعدة الاسناد الواجبة التطبيق على النزاع ذى الطابع

الدولى اذ لا سبيل الى معرفة [illegible] الأخرى المتصلة [illegible] الا بعد الكشف عن الطبيعة القانونية للعلاقة .

وبالرغم من تجاهل القضاء لمشكلة اختيار النظام القانونى الذى تتحدد بمقتضاه طبيعة العلاقة القانونية ذات الطابع الدولى الا أن الفقه استطاع منذ أواخر القرن التاسع عشر أن يبرز الجوانب المختلفة لهذه المشكلة(١) وسنعرض فيما يلى لأهم الاتجاهات التى برزت فى الفقه بشأن كيفية تحديد طبيعة العلاقة ذات الطابع الدولى .

## ١ — الاتجاه الأول : اخضاع التكيف لقانون القاضى

وأول من أتى بنظرية متكاملة تقوم على مبدأ الرجوع الى قانون القاضى المطروح عليه النزاع لتحديد طبيعة العلاقة هو الفقيه بارتان . وقد استند الفقيه [illegible] الى دراسته للقضاء ليؤكد أن تحديد الوصف القانونى للمنازعات ذات الطابع الدولى يجب أن يخضع لقانون القاضى، وذلك حتى لو اتضح أن قانون القاضى لم يكن هو الواجب التطبيق على النزاع ، بل حتى ولو كان لا يدخل أصلا ضمن القوانين المرشحة لحكم النزاع .

---

(١) ويرجع [illegible] الكشف عن هذه المشكلة للفقيه الالمانى Kahn . وان كان قد عالجها [illegible] تسمية لا تكشف عن حقيقة المشكلة ، اذ اطلق عليها اسم التنازع المستتر او التنازع غير الظاهر Latente Gestzkollisionen وذلك فى مقال بعنوان Ein Beitrag zur lehre des internationalen privatrecht منشور فى Ihrings Jahrbucher سنة ١٨٩١ ( صفحة ١٤٣ وما بعدها ) كما عالج نفس الموضوع فى مؤلفه Abhandlungen zum Internationales privatrechts ( الجزء الاول ) صفحة ١ وما بعدها .

غير أن مشكلة التكييف لم تتبوأ مكانتها الحقيقية فى فقه القانون الدولى الخاص الا على يد الفقيه الفرنسى Bartin الذى وضع بشأنها نظرية شهيرة نادى بها فى بحث اصدره بعد ظهور مقال الفقيه Kahn ببضع سنوات بعنوان :

De l'impossibilité d'arriver à la solution définitive des conflits de lois.

( منشور بمجلة Clunet سنة ١٨٩٧ ص ٢٢٥ وما بعدها ) ثم عرضها بشكل اكثر جلاء فى محاضراته باكاديمية القانون الدولى بلاهاى بعنوان :

La Doctrine des qualifications et ses rapports avec le caractère national des règles des conflits de lois.

منشور فى مجموعة محاضرات اكاديمية القانون الدولى سنة ١٩٣٠ الجزء الاول ص ٥٢٩ وقد حدا بارتان الى الاهتمام ببحث هذه المشكلة ووضع =

وقد حاول الفقيه بارتان تبرير
السـيادة • فالقاعدة التى تحدد القانون الواجب التطبيق على العلاقـة ذات الطابع الدولى ، أى قاعدة الاسـناد ، انما ترسم حدود السـياسة التشريعية للدولة • فاذا ما سمحت هذه القاعدة بتطبيق القاضى لقانون أجنبى فانها تكون قد انتقصت بذلك من سيادة قانون دولة القاضى لصالح قانون الدولة الأجنبيـة • ولا شك أن المشرع الوطنى هو الذى يحـق له وحده الحد من سيادة دولته التشريعية • فهو الذى يضع قواعد الاسناد التى تنص على الطوائف القانونيـة Catégories juridiques التى يمكن اخراجها من اختصاص التشريع الوطنى واخضاعها لحكم قانون أجنبى معين • غير أن بيان الطوائف القانونية التى يحكمها كل من القانون الوطنى والقانون الأجنبى لا يكفى وحده لتطبيق قاعدة الاسناد ، بل يتعين لهذا التطبيق تحديد القواعد التى يتم بمقتضاها ادخال كل مسألة من المسائل المطروحة على القضاء فى احدى الطوائف التى قرر لهـا المشرع قاعدة اسناد • ولا يجوز أن يتم مثل هذا التحديد الا وفقا لقانون دولة القاضى ، اذ لو تركنا هذا التحديد لقانون آخر فانما نكون قد تركنا لهذا القانون تحديد الاطار الذى تمارس فيه السـيادة التشريعية لدولة القاضى • فلو أدخلنا مثلا العلاقة محل النزاع فى طائفة تخضع الى القانون الشخصى

---

= نظرية بشأنها ما لمسه من اثر اختلاف النظم القانونيـة بشأن الوصف القانونى للمنازعة ذات الطابع الدولى على الحل النهائى للنزاع • ومن أهم الأمثلة على ذلك المثال المعروف بوصية الهولندى • فالقانون الهولنـدى يعتبر كتابة الوصية بخط الموصى Testament Olograph أمرا متعلقـا بالأهلية وينص على عدم جواز اجراء الهولنديين لهذا النوع من الوصـية سواء فى هولندا او فى الخارج • فى حين ان القانون الفرنسى يعتبر كتابة الوصية بخط الموصى مسألة تتعلق بالشكل الخارجى للوصية ومن ثم يحكمها القانون الذى يحكم شكل التصرفات وهو قانون محل الابرام • ويعتبر القانون الفرنسى الوصايا التى تتم فى فرنسا بهذا الشـكل صحيحة • فاذا قام هولندى باجراء مثل هذه الوصية فى فرنسا ، فان السؤال يثور حول القانون الذى يجب ان يتم التكييف وفقا له : هل نكيف مسألة اجراء الوصية بخط الموصى وفقا للقانون الهولندى ام تكييف هذه المسألة وفقا للقانون الفرنسى ؟ ويتوقف على اختيار القانون الذى يخضع له تكييف المسألة تحديد القانون الذى يحكم الوصية ، أى تحديد ما اذا كانت صحيحة ام لا • فاذا ما تم التكييف وفقا للقانون الهولندى اعتبر اجراء الوصية بخط الموصى مسألة تتعلق بالأهلية وخضـع بالتالى لقانون الموصى اى للقانون الهولندى الذى لا يجيز مثل هذه الوصية • اما اذا تم التكييف وفقا للقانون الفرنسى فان مثل هذا الاجـراء يعتبر من الشكل ، ومن ثم يخضع للقانون الفرنسى الذى يعتبر الوصية صحيحة •

كطائفة مسائل الأهلية فاننا نكون قد أخرجنا بالتالى هذه المسألة — اذا ما تعلق النزاع بأحد الأجانب — من نطاق سيادة قانون دولة القاضى وهو أمر لا يجوز الرجوع فيه الى ما يقرره قانون أية دولة أجنبية •

وبعبارة أخرى يمكن القول بأن التزام القاضى بتطبيق قواعد الاسناد التى يأمره بها مشرعه الوطنى يتضـــمن فى الوقت ذاته التزامه بتطبيق قواعد التكييف التى يأمره بها نفس المشرع ، نظرا لأنها هى التى يتحدد بها الاطار الفعلى لتطبيق القوانين الأجنبية ، أى الاطار الفعلى لسيادة الدولة التشريعية •

وقد أخذ الفقه فى غالبيته بنظرية بارتان ، وان لم يتفق معه فى الأساس الذى بنى عليه هذه النظرية أى فكرة السيادة • فقواعد الاسناد لا تهدف الى حسم تنازع بين السيادات ، وانما تهدف فى الفكر القانونى الحديث الى تقرير الحل العادل والحكم المناسب للعلاقات ذات الطابع الدولى تحقيقا للتعايش المشترك بين النظم القانونية •

لذلك استند الفقه الحديث المؤيد لنظرية بارتان على حجة رئيســية مقتضاها أن مشكلة التكييف ما هى فى حقيقتها سوى مشكلة تفسير لقاعدة الاسناد • فاذا ما قضت قاعدة الاسناد الوطنية مثلا باخضاع الميراث لقانون جنســية المتوفى ، فانه يتعين لامكان تطبيق القاضى لهذه القاعدة تحديد معنى الميراث ، ومعرفة ما اذا كان هذا المعنى ينطبق على المسألة المطروحة أمام القاضى • ومن الطبيعى أن يتم تفسير قاعدة الاسناد الوطنية وفقا لأحكام القانون الوطنى[1] • وفضلا عن ذلك فان القاضى

---

(١) انظر بصفة خاصة :
Morelli : Elementi di Diritto internazionale privato italiano
الطبعة الثالثة ص ٢٧ ، وانظر كذلك
Maury : Règles générales des conflits de lois.
بمجموعة محاضرات أكاديمية القانون الدولى بلاهاى سنة ١٩٣٦ الجزء الثالث ص ٤٦٨ فقرة ١٢٦ . وانظـــر
Batiffol et Lagarde : Droit international privé
( الطبعة الخامسة ) الجزء الأول فقرة ٢٩٣ وانظر كذلك :
Lerebours-Pigeonnière et Loussouarn : Précis de droit international privé.
( الطبعة الثامنة ) ص ٤٢٦ .

المطروح أمامه النزاع لا يمكن أن ينفصل من الناحية الواقعية عن بيئته وعن النظام القانونى الذى ينتمى اليه ، ومن ثم فهو يخضع لا محالة عند تحديده للطبيعة القانونية للمسألة محل النزاع للأفكار السائدة فى نظامه القانونى[1] •

٤٩ — ويثور السؤال بالنسبة لمجال اعمال قانون القاضى لتحديد طبيعة المسألة أو العلاقة القانونية •

قد استقر الفقه المنادى بتطبيق قانون القاضى بالنسبة للتكييف على وجوب قصر مجال اعماله على التكييف الأولى أو التكييف الاختصاصى ؛ أى التكييف الذى يؤدى الى وضع المسألة محل النزاع ضمن طائفة قانونية تختص بحكمها قاعدة اسناد معينة • أما التكييفات اللاحقة أو التعريفات التى قد يتطلبها اعمال القانون الذى أشارت بتطبيقه قاعدة الاسناد فهى تخضع لهذا القانون ذاته[2] •

أما بارتان فقد اعتبر أخضاع التكييفات اللاحقة الى القانون الواجب التطبيق على النزاع قيدا هاما على نظريته • فهو يعد نتيجة منطقية للأساس الذى بنى عليه هذه النظرية وهو فكرة السيادة • اذ ما دام

---

(١) انظر Maury المرجع السابق ص ٤٩٢ •

وقد اضاف بعض الفقهاء حججا اخرى لتدعيم قاعدة اخضاع التكييف لقانون القاضى ومن اهم هذه الحجج حجة مقتضاها انه من غير المقبول ان يوجد داخل النظام القانونى الواحد تكييفان لنفس المسألة بمعنى ان يعطى للمسألة وصف قانونى معين وفقا لقواعد القاضى اذا كانت المسألة وطنية بحتة ثم يعطى لذات المسألة وصفا قانونيا مختلفا وفقا لقانون اجنبى اذا كانت مشتملة على عنصر اجنبى . فقواعد التكييف باعتبارها الاطار المحيط بمختلف القواعد القانونية المطبقة داخل الدولة يجب الا تتغير من نزاع الى آخر . والسبيل الوحيد لتحقيق هذه الوحدة فى التكييف بالنسبة لجميع المنازعات ، وطنية كانت ام ذات طابع دولى ، هو اخضاع هذا التكييف لقانون القاضى (انظر الدكتور جابر جاد عبد الرحمن : تنازع القوانين صفحة ٢١٤) .

(٢) انظر : Bartin : Principes de droit international privé. الجزء الأول ص ٢٣١ •

وقد ذهب فريق من الفقه الحديث بالرغم من تسليمه بهذه النتيجة الى انتقاد استعمال اصطلاح التكييفات اللاحقة فى هذه الحالة . ذلك ان التكييف فى رايهم قاصر على مرحلة تحديد طبيعة المسألة لادراجها فى احدى الطوائف القانونية التى تختص بحكمها قاعدة اسناد معينة . انظر : Rigaux : La théorie des qualifications. فقرة ١٢٩ •

اخضاع التكييف لقانون القاضى سببه فى تقديره عدم جواز الرجوع الى قانون أجنبى لتحديد الاطار الذى يسمح فيه بتطبيق القانون الأجنبى لما فى ذلك من حد من سيادة القانون الوطنى ، فانه لا داعى حينئذ للاستمرار فى الرجوع الى قانون القاضى ما دام قد تم بيان اختصاص القانون الأجنبى • والتكييفات التى يتعين اجراؤها بعد ذلك ليس من شأنها تعديل هذا الاختصاص وانما من شأنها فقط بيان كيفية اعمال القانون الأجنبى بالنسبة للمسألة التى تقرر فعلا خضوعها لحكمه •

أما الفقه الذى يرى وجوب الرجوع الى قانون القاضى تأسيسا على أن التكييف هو تفسير لقاعدة الاسناد فقد وجد من المنطقى كذلك قصر مجال اعمال قانون القاضى على التكييف الاختصاصى دون التكييفات اللاحقة • ذلك أن التكييف الاختصاصى هو وحده الذى يعد لازما لتطبيق قاعدة الاسناد ، وهو الذى يحدد مدلولها ، مما يبرر اخضاعه لقانون القاضى • أما ما عدا ذلك من تكييفات لاحقة فانها لا تتصل بتحديد مدلول قاعدة الاسناد وبالتالى فانه لا يتعين اخضاعها لقانون القاضى ، انما يتعين اخضاعها للقانون الذى أشارت بتطبيقه قاعدة الاسناد[1] •

٥٠ — ويبدو لنا أن قصر مجال اعمال قانون القاضى على التكييف الاختصاصى يبرره فى الواقع ذات السبب الذى دعا القضاء قبل ظهور نظرية بارتان الى الاستعانة بقانون القاضى فى تحديد طبيعة المسألة أو العلاقة محل النزاع • فقد جرى القضاء على الرجوع الى قانونه الوطنى فى هذا الصدد باعتبار أنه الطريق الوحيد للتوصل الى معرفة القانون الذى أشارت بتطبيقه قاعدة الاسناد • ومن ثم فانه بمجرد معرفة هذا القانون تنتهى الحاجة الى الاستعانة بقانون القاضى ويتعين الأخذ بما يقرره القانون المختص بحكم النزاع فى حسم مختلف المسائل التى قد تعرض عند تطبيق هذا القانون بما فى ذلك التكييفات اللاحقة أو التعريفات • فكل هذه المسائل جزء لا يتجزأ من الحكم الموضوعى الذى يتضمنه القانون الواجب التطبيق •

---

(١) انظر Maury المرجع السابق ص ٤٦٦ وانظر : Ago : Règles générales des conflits de lois بمجموعة محاضرات اكاديمية القانون الدولى بلاهاى سنة ١٩٣٦ الجزء الرابع ص ٣٢٠ وما بعدها ؛ وانظر كذلك Lerebours Pigeonnière et Loussouarn المرجع السابق ص ٤٢٨ .

٥١ — وقد ثار السؤال حول ما اذا كان تكييف المال يدخل ضمن مجال اعمال مبدأ قانون القاضى •

ذهب الفقيه بارتان الى أن تحديد طبيعة المال من حيث كونه منقولا أو عقارا يجب أن يخضع لقانون موقع المال وليس لقانون القاضى ، واعتبر ذلك استثناء هاما على نظريته • ذلك أن ارتباط الأموال باقليم الدولة يقتضى تكييف المال وفقا لقانون موقعه حرصا على استقرار المعاملات وسلامتها •

غير أن الفقه الغالب لا يميل الى استثناء المال من القاعدة العامة القاضية باخضاع التكييف لقانون القاضى[1] فسلامة المعاملات لا تتطلب بالضرورة الخروج على مبدأ خضوع التكييف لقانون القاضى • هذا فضلا عن أن تحديد طبيعة المال ذاته وبيان كونه عقارا أم منقولا قد يكون ضروريا فى بعض الأحيان لمعرفة قاعدة الاسناد الواجبة التطبيق • ولا سبيل الى ذلك الا بالاستعانة بقانون القاضى • ومن أمثلة ذلك ما نص عليه القانون الفرنسى من خضوع الميراث فى العقار لقانون موقعه وخضوع الميراث فى المنقول لقانون موطن المتوفى • فيتعين على القاضى فى مثل هذه الحالة أن يحدد أولا ما اذا كان المال محل النزاع عقارا أم منقولا • ولا سبيل الى ذلك ما لم يستعن أولا بقانون القاضى • فاذا ما حدد القاضى طبيعة المال وفقا لمفهومه أمكنه حينئذ فقط التوصل الى قاعدة الاسناد الواجبة التطبيق على النزاع •

وقد يكون المال محل النزاع كائنا فى اقليم أكثر من دولة وقد يختلف تحديد طبيعته من دولة الى أخرى ، مما يؤدى الى تعدد قواعد الاسناد وتضاربها بشأن نفس النزاع[2] كذلك قد يكون المال محل النزاع مالا معنويا يتحدد موقعه فى كل دولة وفقا للمبادىء القانونية السائدة فيها •

---

(١) انظر Rigaux المرجع السابق فقرة ١٨ وانظر كذلك :
Niboyet : Cours de droit international privè. ص ٤٦١ •

(٢) انظر Arminjon : Précis de droit international privé.
الجزء الأول ( الطبعة الثانية ) ص ٣٢٦ •

فكيف السبيل حينئذ الى تحديد موقع المال ما لم يكن هذا التحديد مرتبطا بقانون دولة معينة بالذات[1] .

٥٢ — ونحن نؤيد ما ذهب اليه هذا الفريق الغالب من الفقه . فقواعد الاسناد عادة تخضع المال لقانون الموقع سواء كان منقولا أم عقارا . ومن ثم فلن يؤدى اخضاع تكييف المال الى قانون القاضى أو الى قانون الموقع الى التأثير فى القانون الواجب التطبيق . فالنتيجة ستكون واحدة فى الحالتين ، اذ سيطبق قانون الموقع سواء كان المال عقارا أم منقولا . وبالتالى فلا داعى من الناحية العملية الى الخروج على مبدأ خضوع التكييف لقانون القاضى بالنسبة للمال . أما اذا كانت قاعدة الاسناد الوطنية تخضع المنقول لقانون يختلف عن ذلك الذى يحكم العقار كما هو الحال بالنسبة لقواعد الاسناد بشأن الميراث فى فرنسا ، فانه لا جدال من باب أولى فى ضرورة الأخذ بالتكييف الوارد فى قانون القاضى . والقول بغير ذلك يؤدى الى اهدار قاعدة الاسناد الوطنية اذ قد يترتب على الاعتداد بقانون موقع المال فى تكييف العلاقة دون قانون القاضى أن يطبق القاضى الوطنى قاعدة الاسناد فى حالات لا يرى المشرع الوطنى تطبيقها فيها ، كأن تطبق قاعدة الاسناد الخاصة بالعقار على مال يعتبر من وجهة نظر المشرع الوطنى منقولا .

### ٢ — الاتجاه الثانى : اخضاع التكييف للقانون المختص بحكم النزاع : Lex Causae

٥٣ — وقد انتقد فريق من الفقهاء وعلى رأسهم الأستاذ Despagnet[2] مبدأ اخضاع التكييف لقانون القاضى فى المنازعات ذات الطابع الدولى . اذ ما دمنا قد سلمنا بوجوب اخضاع هذه المنازعات للقانون الذى تشير اليه قاعدة الاسناد فانه من التناقض أن نفرض التكييف الذى يقضى به قانون القاضى على هذه المنازعات فاذا ما قضت قاعدة الاسناد باخضاع

---

(١) انظر Lerebours Pigeonnière et Loussouarn المرجع السابق فقرة ٣٦١ .

(٢) انظر بصفة خاصة مقاله المنشور بمجلة Clunet سنة ١٨٩٨ صفحة ٢٥٣ وما بعدها وقد تبنى هذا الرأى كذلك الفقيه M. Wolff انظر مؤلفه Private international law الطبعة الثانية ص ١٥٥ .

النزاع لقانون أجنبى معين فان هذا القانون يجب أن يحكم النزاع بشكل كامل ، أى بما فى ذلك من اعطاء للوصف القانونى للمسألة محل النزاع . فاعطاء الوصف القانونى للمسألة جزء لا يتجزأ من القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على النزاع . فاذا لم نأخذ بالوصف القانونى الذى يقرره القانون الواجب التطبيق على النزاع نكون قد غيرنا من الحكم الموضوعى الذى تتضمنه القاعدة القانونية الأجنبية.وبعبارة أخرى يرى أنصار هذا الرأى أن فى عدم الرجوع للقانون الأجنبى المختص بحكم النزاع لتكييف المسألة خرقا لهذا القانون وتطبيقا له فى غير الحالات التى أراد المشرع الأجنبى تطبيقه فيها . فاذا كان قانون القاضى المطروح عليه النزاع يدخل المسألة محل النزاع ضمن طائفة مسائل الأهلية مثلا ويسندها بالتالى الى قانون الجنسية وكان قانون الجنسية يعتبرها مسألة متعلقة بالشكل ومن ثم غير داخلة فى نطاق تطبيقه ، فان الاصرار على اعتبار المسألة من مسائل الأهلية وفقا لقواعد التكييف فى قانون القاضى من شأنه تطبيق القانون الأجنبى على مسألة لا يعتبر نفسه مختصا بحكمها[1] .

٥٤ — والواقع أن الرأى القائل باخضاع التكييف للقانون المختص بحكم النزاع لا يقل فى قوة منطقه عن الرأى القائل باخضاع التكييف لقانون القاضى . فمن الممكن القول بأن اعطاء الوصف القانونى للمسألة يعد جزء لا يتجزأ من قاعدة الاسناد الوطنية ، وأن عدم تكييف النزاع وفقا لقانون القاضى من شأنه خرق قاعدة الاسناد وتطبيقها على حالات لم يقصد المشرع الوطنى تطبيقها عليها . كما أنه من الممكن القول بأن اعطاء الوصف القانونى للمسألة يعد جزء لا يتجزأ من القاعدة الموضوعية التى يتضمنها القانون الأجنبى المختص بحكم النزاع ، وأن عدم تكييف النزاع وفقا لهذه القاعدة فيه خرق للقانون الأجنبى وتطبيق له بصدد حالات لم يقصد المشرع الأجنبى تطبيقه فيها .

غير أن اخضاع التكييف للقانون الواجب التطبيق على النزاع تعترضه استحالة عملية . فالتكييف كما سبق أن بينا عملية أولية لا سبيل الى الاهتداء الى القانون الواجب التطبيق بدونها ، اذ هى التى تبين طبيعة المسألة محل النزاع وتضعها ضمن طائفة من طوائف النظم القانونية التى

---

(١) أنظر Despagnet المرجع السابق ص ٢٦٢ .

خصها المشرع بقاعدة اسناد • لذلك يصف أنصار مبدأ خضوع التكييف لقانون القاضى هذه النظرية بأنها تنطوى على مصادرة على المطلوب — فهى تنادى باخضاع التكييف للقانون الواجب التطبيق على النزاع فى حين أن هـذا القانون لا يمكن معرفته الا بعد اعطـاء الوصف القانونى للمسألة محل النزاع[1] •

### ٣ — الاتجاه الثالث — اخضاع التكييف للقانون المقارن :

٥٥ — وقد نادى أحد كبار الفقهاء المعاصرين[2] بوجوب عدم التقيد فى تكييف مسائل القانون الدولى الخاص بقانون دولة معينة بل يجب الرجوع فى هذا التكييف الى قواعد تتفق مع طبيعة هذه المسائل • فالقانون الدولى الخاص من شأنه امكان تطبيق كافة قوانين العالم[3] ومن ثم فان المسائل التى يحكمها يجب تحديد طبيعتها وفقا لقواعد مطابقة لطبيعة هذا القانون والوظيفة الدولية التى يؤديها ، أى وفقا لقواعد وأفكار عالمية • والسبيل الى معرفة هذه الأفكار العالمية هو دراسة قوانين الدول المختلفة دراسة مقارنة[4] وعـدم الاكتفاء بما يقرره قانون معين من تكييفات • فاذا نص قانون القاضى مثلا على أن الوصاية على القاصر تخضع لقانون الجنسية فان تحديد مفهوم الوصاية لا يجب أن يتم وفقا لقانون القاضى أو لقانون جنسية القاصر فحسب ، بل يجب أن يرجع أيضا فى تحديد هذا المفهوم الى النظم السائدة فى العالم المتمدين بالنسبة للمسألة المطروحة •

---

(١) انظر فى تفاصيل ذلك رسالة الأستاذ F. Rigaux :
La théorie des qualifications en droit international privé
فقــرة ٨٧ •

(٢) وهو الفقيه Rabel انظر مقاله .
Le problème de la qualification : Revue de droit international
صــفحة ١ وما بعــدها .

(٣)
"Le droit international privé implique l'application de toutes les législations de la terre"..
المرجع السابق صفحة ٥٥ .

(٤) انظــر «La comparaison scientifique de droits»
المرجع السابق صفحة ٣٧ •

[illegible] الفقهاء فى مختلف الدول • غير أنها لم تسد لدى القضاء نظرا لما تنطوى عليه من صعوبة كبيرة فى التطبيق • فمن العسير من الناحية العملية أن يقوم القاضى المطلوب منه تكييف مسألة معينة بالرجوع الى قوانين الدول المختلفة ليستمد منها الوصف القانونى الملائم • اذ فضلا عن المشقة الفائقة التى تنطوى عليها هذه العملية ، فان اختلاف النظم القانونية حول الوصف القانونى للكثير من المسائل قد يؤدى بالقاضى الى نتائج متضاربة ، ولن يجد القاضى فى الكثير من الأحيان عونا كافيا من الدراسات الفقهية للقانون المقارن ، فدراسات القانون المقارن لم تتعد بعد فى الغالب من الحالات مرحلة العموميات بحيث لا يتسنى للقاضى أن يستمد منها حلا واضحا لمسألة محددة مطروحة أمامه •

**٤ ــ رأينا الخاص : الرجوع فى التكييف الى قانون القاضى بالمعنى الواســع :**

يتضح لنا اخضاع التكييف لقانون القاضى أمر ضرورى ازاء الاستحالة العملية فى الرجوع الى القانون الذى تشير اليه قاعدة الاسناد ، وازاء صعوبة الرجوع الى القانون المقارن للبحث عن الوصف القانونى المناسب• وقد سبق أن أوضحنا أنه لا سبيل الى تنظيم العلاقات القانونية ذات الطابع الدولى فى الوضع الراهن لحياة المجتمع الدولى الا عن طريق قواعد من وضع المشرع الوطنى ، هى قواعد الاسناد • ولما كان اعمال أى من هذه القواعد يتطلب تحديد ما اذا كانت المسألة المعروضة تدخل ضمن طائفة المسائل الخاضعة للقاعدة فان هذا التحديد يجب أن يستمد من المعايير المتبعة فى القانون الوطنى ، والقول بغير ذلك من شأنه عزل قاعدة الاسناد عن النظام القانونى الذى تنتمى اليه •

ومما لا شك فيه أن المشرع الوطنى عند وضـــعه قواعد الاســـناد ، وتحديده الطوائف المختلفة للمسائل التى تسرى عليها كل من هذه القواعد انما قام بذلك فى ضوء الأفكار المتعارف عليها فى نظامه القانونى •

---

(١)
«Ce que le monde civillisé entend par cela : toutes les institutions de droit...»

المرجع السابق ص ٢٣ •

٥٨ — غير أن السؤال يثور عما اذا كانت هذه الأفكار لا يتغير مدلولها اذا ما أريد نقلها من المجال الداخلى واعمالها فى مجال الحياة الدولية الخاصة ، أى اتخاذها اطارا لتطبيق قواعد الاسناد •

لا شك أنه من العسير مواجهة الواقع الدولى بوسائل مستمدة فقط من النظام القانونى الوطنى وبحلول تهدف الى تلبية حاجات مجتمع داخلى يتميز بالتجانس • ولما كان المشرع يهدف بوضعه قواعد الاسناد المختلفة وتحديده الطوائف القانونية للمسائل التى تحكمها هذه القواعد الى ايجاد حل لكافة المنازعات ذات الطابع الدولى المطروحة على المحاكم الوطنية ، فان التمسك بالمفهوم الوطنى الضيق للأفكار التى قام فى ضوئها هذا التحديد من شأنه أن يرد على المشرع قصده وأن يحول دون أداء قواعد الاسناد لوظيفتها فى مجال الحياة الدولية للأفراد ، ذلك أن المسائل ذات الطابع الدولى التى تطرح على القاضى الوطنى تتصل بنظم قانونية أجنبية ومن ثم قد لا ينطبق عليها الأوصاف القانونية التى حددها المشرع الوطنى بمفهومها الضيق،وبذلك لا يتسنى اللقاضى الوطنى معرفة القانون الواجب التطبيق على المسألة لتعذر ادخالها ضمن احدى الطوائف التى وضع لها المشرع قاعدة اسناد •

ويبدو لنا أن السبيل الوحيد لقيام قواعد الاسناد بوظيفتها فى العلاقات الدولية الخاصة هو تفسير هذه القواعد وتحديد المسائل التى تخضع لها فى ضوء واقع هذه العلاقات • وهو واقع يقوم على عدم التجانس فى كثير من الأحيان بين الأفكار القانونية فى مختلف الدول • ويتعين على القاضى عند بحثه فى الوصف القانونى للمسألة المعروضة ألا يتطلب مطابقتها للأحكام التفصيلية فى قانونه الوطنى • بل يكتفى بالتحقق من أن المسألة المعروضة تتوافر فيها الأسس الرئيسية التى لا يمكن لمركز قانونى محدد أن يقوم بدونها فى الحياة الدولية • ولا شك أن هذه الأسس يستمدها القاضى من قانونه الوطنى ، ولكن رجوعه الى قانونه لا يشكل قيدا يلزمه بادخال المسألة ضمن اطار وطنى جامد وانما بمثابة نقطة انطلاق فى بحثه عن الأسس التى يقوم عليها المركز القانونى محل البحث فى النظم القانونية المختلفة •

فاذا فرضنا مثلا أن النزاع المطروح على القاضى الفرنسى يتعلق بصحة زواج تم وفقا لأحكام الشريعة الاسلامية فى مصر • فان القاضى الفرنسى

يجب عند تكييفه للمسألة المعروضة البحث عما اذا كانت العلاقة يتوافر فيها الأسس اللازمة لقيام علاقة زوجية • وهو يبدأ بالبحث عن هذه الأسس فى قانونه ولكن لا يستبقى منها الا تلك التى تتفق مع الأسس المتبعة بصفة عامة فى النظم القانونية الأخرى • وليس هناك ما يحول دون استئناس القاضى كذلك بالأسس المتبعة فى النظم القانونية التى يتضح له ارتباط المسألة المعروضة بها • فاذا ما تبين للقاضى توافر الأسس العامة اللازمة لقيام علاقة الزوجية فى المجال الدولى أمكنه حينئذ تكييفها على أنها زواج • أما اذا تجاوز القاضى الفرنسى ذلك وتطلب لوصف العلاقة على أنها زواج مطابقتها لكافة الشروط اللازمة لقيام هذه العلاقة فى القانون الفرنسى فانه قد يجد نفسه مضطرا الى رفض تكييفها على أنها زواج نظرا لأن القانون الفرنسى يشترط فى العلاقة الزوجية عدم امكان تعدد الزوجات • واذا أمعنا النظر فى الأمر اتضح لنا أن القاضى قد تجاوز فى هذه الحالة نطاق التكييف اذ يكون قد قام بالفصل فى النزاع مقدما وقرر عدم صحة الزواج وفقا لقانونه • فى حين أن دوره فى هذه المرحلة الأولية يقتصر على البحث عن القانون الذى يحكم النزاع • وهذا الأخير هو الذى من شأنه أن يقرر صحة أو بطلان العلاقة •

## المطلب الثانى

### التكييف فى النظام القانونى المصرى

٥٩ — جرت الكثير من تشريعات الدول العربية الحديثة ومن بينها التشريع المصرى على النص صراحة على اخضاع التكييف لقانون القاضى • فتقضى المادة العاشرة من القانون المدنى المصرى بأن « القانون المصرى هو المرجع فى تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات فى قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق من بينها »[1]

وقد نصت المادة العاشرة صراحة على أن التكييف الذى يتعين الرجوع فيه الى قانون القاضى هو ، « التكييف اللازم لمعرفة القانون الواجب

---

(١) وهذا النص مطابق لنص المادة ١١ من القانون المدنى السورى والمادة ١٠ من القانون العراقى والقانون المدنى الليبى •

التطبيق المضبوط وبعبارة أخرى لا يخضع لقانون القاضي إلا التكييف [illegible]
اللازم لوضع المسألة المطروحة ضمن إحدى الطوائف التي خصها المشرع
بقاعدة إسناد. أما التكييفات اللاحقة فلا يتدخل النص في مجال تطبيق
قانون القاضي، وإنما تخضع للقانون الذي تشير إليه قاعدة
الإسناد على النحو الذي سبق بيانه[1].

وقد اطردت أحكام المحاكم المصرية على إخضاع التكييف للقانون المصري حتى قبل صدور القانون المدنى سنة ١٩٤٩[2].

٦٠ — ويثور السؤال بشأن طوائف المنازعات التي يتعين الرجوع في تكييفها إلى القانون المصري: هل يتعين التكييف وفقاً للقانون المصري في جميع المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي أم أن هناك بعض أنواع من المنازعات لا تخضع في تكييفها للقانون المصري؟

سبق أن أوضحنا أن الفقيه بارتان قد استثنى تكييف المال من مجال أعمال قانون القاضي وأخضعه لقانون موقعه، فهل يتعين الأخذ بهذا الاستثناء في النظام القانوني المصري أم لا؟

الواقع أن المادة ١٠ من القانون المدني المصري لم تتضمن النص على هذا الاستثناء، وقد كانت الأعمال التحضيرية للقانون المدني تتضمن النص على هذا الاستثناء[3]. غير أن هذا النص حذف عند صدور القانون

---

(1) وقد أكدت هذا المعنى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي إذ قررت أن «تطبيق القانون المصري بوصفه قانون القاضي في مسائل التكييف لا يتناول إلا تحديد طبيعة العلاقات القانونية في النزاع المطروح لإدخالها في نطاق طائفة من طوائف النظم القانونية التي تعين لها قواعد الإسناد اختصاصاً تشريعياً معيناً، كطائفة النظم الخاصة بشكل التصرفات أو بحالة الأشخاص أو المواريث والوصايا أو بمركز الأموال».

(2) انظر حكم محكمة الاستئناف المختلطة الصادر في ٢٢ يناير سنة ١٩١٤ منشور في مجموعة التشريع والقضاء المختلط السنة السادسة والعشرون ص ١٨٢. وانظر كذلك حكم محكمة النقض المصرية الصادر في ٢٦ مارس سنة ١٩٥٣ منشور في مجموعة الأحكام الصادرة من الجمعية العمومية والدوائر المدنية لمحكمة النقض السنة الرابعة العدد الثاني (يناير — مارس) سنة ١٩٥٣ ص ٧٧٠ إلى ٧٨٠.

(3) كان المشروع التمهيدي للقانون المدني يقضي في المادة ٢٥ منه — وهي المادة المقررة لمبدأ إخضاع التكييف لقانون القاضي — بأنه «ومع ذلك فإن القانون الذي يحدد ما إذا كان الشيء عقاراً أو منقولاً هو قانون الجهة التي يوجد فيها الشيء».


— ٧٠ —

المدنى لأنه يتناول « مسألة تفصيلية يحسن أن تترك للاجتهاد »[1] .

ويرى فريق من الفقه المصرى أنه لا محل للأخذ فى النظام القانونى المصرى بالاستثناء الخاص بتكييف المال وفقا لقانون موقعه تأسيسا على أن صدور القانون المدنى خلوا من هذا الاستثناء يعد دليلا على عدم رغبة المشرع المصرى فى الأخذ به . ويعتبر هذا الفريق أن الاعتراضات التى قال بها الفقه فى نقد الاستثناء الذى أتى به بارتان كانت « محل تقدير مقننى القانون المدنى فى النهاية »[2] .

وعلى العكس من ذلك ذهب فريق آخر الى ضرورة الأخذ بهذا الاستثناء تأسيسا على أن « الأعمال التحضيرية لا تقطع بهجره ، بل انها على العكس من ذلك تفتح الباب للتسليم به حيث تشير الى اعمال القواعد العامة واعمال الاجتهاد »[3] .

ويرى فريق ثالث عــدم أهمية هذا الخلاف فى النظام القانونى المصرى . فتقسيم المال الى منقول وعقار لا يعد من قبيل التكييف اللازم لتطبيق قاعدة الاسناد وبالتالى لا يصح أن يكون محل استثناء خاص من القاعدة العامة فى التكييف « فالواقع أن تقسيم المال الى عقار ومنقول فى القانون المصرى لا يعرض اطلاقا فى مرحلة التكييف الأولى لأنه انما يعرض بصدد مسألة من المســائل التى تدخــل فى نظام الأموال . فيكون قانون موقع المــال قد ثبت اختصاصه مقدما . وما دامت مسألة تقسيم المــال الى منقول وعقار تعــرض بصفة لاحقة لتحــديد القانون المختص فانها تعتبر دائما مسألة تكييف ثانوى يرجع فيها الى القانون المختص ذاته »[4] .

---

(١) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المــدنى ، الجزء الأول ص ٢٣٧ .

(٢) الدكتور جابر جاد عبد الرحمن : تنازع القوانين ص ٢١٩ .

(٣) الدكتور عز الدين عبد الله : القانون الدولى الخاص الجزء الثــانى ( الطبعة السادسة ) ص ١٣٤ .

(٤) الدكتور محمد كمال فهمى : أصول القانون الدولى الخاص ص ٣٣٦ وانظر فى نفس المعنى الدكتور منصور مصطفى منصور حيث يقرر أن « وصف المــال يكون دائما بالرجوع الى قانون موقعه ، لا على سبيل الاستثناء من القاعدة العامة الواردة فى المــادة ١٠ ، بل لأن هذا الوصف يكون دائمــا بعد تعيين القانون الواجب التطبيق وعند اعمال هذا القانون» انظر مؤلفه تنازع القوانين صفحة ٨٠ .

٦١ — ويبدو لنا أنه لا يمكن التسليم بصفة مطلقة بما ذهب اليه هذا الفريق الأخير من الفقه من أن تكييف المــال لا يعرض فى النظام القانونى المصرى فى مرحلة التكييف الأولى أو الاختصاصى ، وانما يعرض فى مرحلة التكييف اللاحق ، وبالتالى فانه يخرج بطبيعته من مجــال تطبيق قانون القاضى • ذلك أنه باستعراض قواعد الاسناد فى النظام القانونى المصرى يتبين لنا أن المشرع قد فرق فى حالة هامة بين العقار والمنقول من حيث قاعدة الاسناد • فبينما هو يخضع العقود الخاصة بالعقار لقانون موقعها نجده يخضع سائر العقود بما فى ذلك العقود المتعلقة بالمنقولات لقانون ارادة المتعاقدين •

وعلى ذلك يتعين على القاضى المصرى اذا ما عرض عليه نزاع بشأن عقد من العقود أن يبحث أولا ما اذا كان المــال محــل التعــاقد عقارا أو منقولا • فاذا كان المــال عقارا طبق على النزاع قاعدة الاسناد الخاصة بالعقود المتعلقة بالعقارات ، أى طبــق على النزاع قانون موقع العقار • أما اذا كان النزاع غير متعلق بعقار فانه يطبق عليه قاعدة الاسناد الخاصة بالعقود ، أى يخضعه للقانون الذى اتجهت اليه ارادة المتعــاقدين • ومن ثم يتعين فى ظل النظــام القانونى المصرى بحث ما اذا كان يجب الأخذ بالاستثناء الذى ذهب اليه بارتان من ضرورة خضوع تكييف المــال لقانون موقعه •

ونحن نؤيد ما ذهب اليه فريق من الفقه المصرى من عدم الأخذ بهذا الاستثناء ، خاصة وأن مجلس الشيوخ المصرى قد حذف هذا الاستثناء اكتفاء بالقواعد العــامة ، واعتبر أن ذلك من المســائل التفصيلية التى يحسن تركها للاجتهاد • وقد سبق أن أوضحنا أن الاتجاه الغالب فى فقه القانون الدولى الخاص الحديث يرى عدم الأخذ بهذا الاستثناء[1] •

٦٢ — وقد كانت المــادة ١٤ من قانون نظام القضاء تنص على أنه

---

(١) وجدير بالذكر أن لجنة تعديل القانون المدنى قررت سنة ١٩٦٥ عدم الأخذ بالاستثناء الخاص بتكييف المــال اذ نصت صراحة على وجوب الرجــوع الى القانون المصرى فى التكييف اللازم لتطبيق قواعد تنازع القوانين بمــا فى ذلك وصف العقار والمنقول .

« تعتبر الهبة من الأحوال الشخصية بالنسبة الى غير المصريين اذا كان قانونهم يعتبرها كذلك »[1] .

غير أنه من المعلوم أن الهبة وفقا لأحكام القانون المدنى المصرى لا تعد من مسائل الأحوال الشخصية وانما تعد « عقدا يسرى عليه ما يسرى على غيره من العقود »[2] .

وقد استقر العمل على أن القاضى المصرى يرجع اذا ما عرض عليه نزاع متعلق بهبة الى التكييف الوارد فى قانون جنسية الواهب: فاذا كان هذا القانون يعتبر الهبة من مسائل الأحوال الشخصية ، فانه يتعين على القاضى تطبيق قاعدة الاسناد الخاصة بمسائل الأحوال الشخصية . أما اذا كانت الهبة لا تعد من الأحوال الشخصية فى قانون جنسية الواهب وجب حينئذ الاعتداد بالقانون المصرى واعتبارها عقدا ومن ثم تخضع لقاعدة الاسناد الخاصة بالعقود . وبعبارة أخرى فانه فيما يتعلق بتكييف الهبة يتعين على القاضى الوطنى الرجوع دائما الى كل من القانون الوطنى والقانون الأجنبى خلافا للقاعدة العامة التى أخذ بها المشرع فى التكييف . فيتعين على القاضى الوطنى أولا اعطاء الوصف القانونى للمسألة وتحديد كونها هبة أم لا وفقا للقانون المصرى . فاذا ما تبين للقاضى أنها هبة تعين عليه حينئذ الرجوع الى التكييف الوارد فى القانون الأجنبى . فاذا كان القانون الأجنبى يدخل الهبة ضمن طائفة الأحوال الشخصية ، وجب على القاضى المصرى الاعتداد بهذا التكييف وتطبيق قاعدة الاسناد الخاصة بهذه الطائفة . أما اذا كان القانون الأجنبى لا يدخلها ضمن مسائل الأحوال الشخصية فانه يتعين على القاضى الاعتداد بالتكييف الوارد فى القانون المصرى واعتبارها عقدا يسرى عليه ما يسرى على سائر العقود ، وبالتالى فانه يخضع النزاع الى قاعدة الاسناد الخاصة بالعقود .

---

(١) القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جزء أول صفحة ٢٧٣ وورد فى المذكرة الايضاحية للقانون المدنى أن « أهم تجديد استخدمه المشرع فى عقد الهبة انه اورد احكامها كاملة فى الشكل وفى الموضوع .. وقد نظر المشروع فى ذلك الى ان الهبة عقد مالى كسائر العقود » مجموعة الاعمال التحضيرية جزء رابع ص ٢٤١ .

وبصدور القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ تم الغاء قانون نظام القضاء السالف الذكر • ولم يتضمن القانون الجديد أى نص مماثل لنص المـادة ١٤ الخـاصة بتكييف الهبة • وعلى ذلك يمكن القول بأن تكييف الهبة لم يعد يشكل استثناء على مبدأ خضوع التكييف لقانون القاضى ، بمعنى أنه يتعين الرجوع دائما للقانون المصرى فى تكييف الهبة دون اعتداد بالتكييف الذى يأخذ به قانون الدولة الأجنبية التى ينتمى اليه أطراف العقد •

٦٣ ـ ويتضح لنا مما تقدم أنه يتعين على القاضى المصرى أن يرجع فى التكييف اللازم للتوصل الى معرفة قاعدة الاسـناد الى المبادىء السائدة فى النظام القانونى المصرى أيا كانت طبيعة النزاع • ولا يرد على ذلك فى رأينا أى استثناء وفقا لأحكام القانون المصرى •

ويثور السؤال حينئذ حول المقصود بالمبادىء السائدة فى النظـام القانونى المصرى التى يتعين رجوع القاضى الوطنى اليها فى التكييف •

لمـا كانت منازعات القانون الدولى الخاص تشمل المسائل المدنيـة والتجارية كما تشمل مسائل الأحوال الشخصية ، فانه يتعين على القاضى عند قيامه بالتكييف الرجوع الى المبادىء المهيمنة فى كل من القانون المدنى والتجارى وقوانين الأحوال الشخصية •

وبالرغم من أن النظام القضائى فى مصر ، قبل صدور قانون السلطة القضائية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ ، كان كما هو معلوم موزعا بين قضاء يختص بمسائل الأحوال الشخصية وقضاء يختص بالمسائل المدنية ، فقد كان من المسلم به وجوب رجوع القاضى فى التكييف الى « القانون المصرى فى جملته بما يتضمن من قواعد تتعلق بالأشخاص أو بالأموال أيا كان مصدر هذه القواعد ، دون أن يقتصر القاضى على الأحكام التى يختص بتطبيقها وفقا لتوزيع ولاية القضاء»[1] •

وعلى ذلك فانه يتعين على القاضى الوطنى اذا ما وجد نص صريح فى التشريعات المصرية خاصا بتحديد الوصف القانونى لمسألة ما ، أن يعمل هذا النص فاذا لم يجد نصا صريحا تعين عليه الرجوع الى مصادر

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ( الجزء الأول ) ص ٢٣٣ .

القانون الإداري ... هي العرف والشريعة الإسلامية ومبادىء القانون الطبيعي والعدالة[1] .

٦٤ — غير أن الأمر يدق بشأن تكييف مسائل الأحوال الشخصية[2] ... فمن المعلوم أن الشريعة الاسلامية هي الشريعة العامة الواجبة التطبيق ... بالنسبة لجميع المصريين مسلمين أم غير مسلمين فيما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية ما لم ينص القانون على غير ذلك . وباستعراض أحكام القانون المصرى فى هذا الصدد يتبين أن هناك بعض مسائل نظمها المشرع بنصوص خاصة كالميراث[3] والوصية[4] والأهلية[5] والولاية على المال[6] . كذلك نجد أن المشرع سمح فى بعض مسائل الأحوال الشخصية كالزواج بتطبيق شرائع أخرى غير الشريعة الأسلامية[7] .

---

(١) المادة الأولى من القانون المدنى المصرى .

(٢) نص القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ الخاص بنظام القضاء على ما يعتبر فى نظر المشرع المصرى من مسائل الأحوال الشخصية . فتقضى المادة ١٣ من هذا القانون بأن : تشمل الأحوال الشخصية ... المنازعات والمسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم او المتعلقة بنظام الاسرة كالخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة والمهر والدوطة ونظام الأموال بين الزوجين والطلاق والتطليق والتفريق والبنوة والاقرار بالابوة وانكارها والعلاقة بين الأصول والفرع والالتزام بالنفقة للأقارب والاصهار وتصحيح النسب والتبنى والولاية والوصاية والقوامة والحجر والاذن بالادارة والغيبة واعتبار المفقود ميتا ، وكذلك المنازعات والمسائل المتعلقة بالمواريث والوصايا وغيرها من التعرفات المضافة الى ما بعد الموت .

ويلاحظ ان المادة ١٤ من هذا القانون كانت تعتبر الهبة من مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة لغير المصريين اذا كان قانونهم يعتبرها كذلك غير أنه بصدور القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ لم يعد هناك محل لاعمال هذا النص كما سبق ان أوضحنا .

(٣) نظم المشرع المسائل والمنازعات المتعلقة بالأرث بالنسبة لجميع المصريين مسلمين ام غير مسلمين بالقانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ .

(٤) صدر القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ منظما لأحكام الوصية بالنسبة لجميع المصريين أيا كانت ديانتهم .

(٥) تضمن القانون المدنى المصرى قواعد موحدة بالنسبة للأهلية فى المادة ٤٤ وما بعدها .

(٦) نظم القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الأحكام الخاصة بالولاية على المال ولم يفرق فى هذا الصدد بين المصريين المسلمين وغير المسلمين .

(٧) تقضى المادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بأنه : « أما بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والمتحدين فى الطائفة والملة الذين لهم جهات ملية منظمة وقت صدور هذا القانون فتصدر الاحكام — فى نطاق النظام العام — طبقا لشريعتهم » .

وعلى ذلك فاذا ما عرض على القاضى المصرى نزاع متعلق باحدى مسائل الأحوال الشخصية تعين عليه أولا تحديد ما اذا كانت المسألة تدخل فى مجال تطبيق الشريعة الاسلامية أم أنها من المسائل المستثناه ، أى المسائل التى نظمها المشرع بنصوص خاصة أو التى سمح بالنسبة لها بالرجوع الى أحكام الشرائع الملية والطائفية ، فاذا كانت المسألة محل النزاع من بين المسائل المستثناة تعين على القاضى الرجوع فى التكييف الى النصوص التشريعية التى تحدد أوصافا معينة أو الى الشريعة الملية أو الطائفية التى منحها المشرع الاختصاص بحكم هذا التكييف الى النصوص التشريعية التى تحدد أوصافا معينة وكذلك الى المبادىء والأفكار السائدة فى الشريعة الاسلامية باعتبارها الشريعة العامة الواجبة التطبيق فى جميع مسائل الأحوال الشخصية[٣] .

**٦٥ ــ وقد سبق لنا أن نوهنا بأن القاضى الوطنى عند قيامه بالتكييف يتعين عليه التحرر من المفهوم الضيق للأوصاف القانونية المعمول بها فى مجال المنازعات الوطنية البحتة . ذلك أن مواجهة الواقع الدولى يقتضى عـدم التمسك بالأحكام التفصيلية المنصوص عليهـا فى قانون القاضى والخاصة بالعلاقات الوطنية البحتة . ومن ثم فانه يكفى فى رأينا عند القيام بالتكييف ، تحقق القاضى المصرى من توافر الأركان الأساسية اللازمة لوجود العلاقة دون التقيد بالشروط التفصيلية التى يتطلبها النظام القانونى الوطنى[٤] .**

---

(٣) تقضى المـادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣٢ بأنه « تصدر الأحكام طبقا للمقرر فى هذه اللائحة ولأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة ما عـدا الأحوال التى ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب فيهـا أن تصـدر الأحـكام طبقا لتلك القـواعد » .

(٤) انظر فقرة ٥٧ آنفـا .

# الباب الثانى

## فى

## تحديد مضمون القـــانون الأجنبى

# الفصل الأول

## فى تحديد الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق فى القانون الأجنبى

## ( الاسناد الى نظام قانونى مركب )

٦٦ ـ من المعلوم أن الدول تختلف من حيث شكلها أو تركيبها القانونى، فمنها ما هو ذو نظام قانونى موحد ، بمعنى أن القواعد القانونية تسرى على جميع أجزاء اقليم الدولة كما تسرى على جميع رعاياها دون تفرقة بسبب الجنس أو الدين ، ومن الدول ما يقوم نظامها القانونى على تعدد الشرائع ، فتسرى كل شريعة على جزء معين من اقليم الدولة دون غيره ـ كما هو الحال فى الدول الفدرالية كالولايات المتحدة حيث تشكل كل ولاية وحدة تشريعية مستقلة ـ أو تسرى كل شريعة على طائفة معينة من الأفراد يحددهم المشرع وفقا لمعايير معينة كالدين أو الجنس. ويعرف النوع الأول بالتعدد الاقليمى كما يعرف النوع الثانى بالتعدد الشخصى .

فاذا ما أشارت قاعدة الاسناد فى قانون القاضى المطروح عليه النزاع الى قانون دولة ذات نظام قانونى مركب فان السؤال يثور حول تحديد الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق من بين مختلف الشرائع التى يتضمنها النظام القانونى المركب .

ولما كانت النظم القانونية المركبة تتضمن عادة قواعد داخلية تعين الشريعة الواجبة التطبيق من بين مختلف الشرائع الداخلية بالنسبة للمنازعات الوطنية البحتة ؛ فان السؤال يثور عما اذا كان يتعين على القاضى الوطنى الرجوع الى القواعد الداخلية للاسناد المعمول بها فى النظام القانونى المركب لتحديد الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق على المنازعة ذات الطابع الدولى ؛ أم أنه يتعين على القاضى ، على العكس من ذلك، تجاهل هذه القواعد الداخلية فى النظام القانونى المركب وتحديد الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق وفقا لقواعد الاسناد المنصوص عليها

فى مسألة وهى تحدد القانون الواجب التطبيق فى المنازعة ذات الطابع الدولى .

وقد عنى الفقه المقارن بدراسة هذه المشكلة . غير أنه اقتصر فى غالب الأحيان على بحث التعدد الاقليمى للشرائع فى الدولة ذات النظام المركب دون التعدد الشخصى . ويبدو أن مرجع ذلك هو التسليم مقدما بضرورة فض التنازع الشخصى للقوانين وفقا للأسس والمعايير التى يتضمنها النظام القانونى المركب ، وهى أسس تقوم عادة على معيار الدين كما تقوم فى بعض الأحيان على معيار الجنس[1] .

أما بالنسبة للتعدد الاقليمى فقد انقسم الفقه فى ذلك الى فريقين رئيسيين . وسنعرض فى مبحث أول للفقه المنادى بأعمال قواعد الاسناد فى قانون القاضى نفسه لتحديد الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق . ثم نعرض فى مبحث ثان للفقه الذى ينادى بضرورة رجوع القاضى الى قواعد الاسناد الداخلية فى النظام القانونى المركب لتحديد الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق داخل هذا النظام[2] . وسنعالج فى مبحث ثالث موقف كل من المشرع والفقه فى جمهورية مصر العربية مبينين رأينا الخاص فى حل هذه المشكلة .

## المبحث الأول

### تحديد الشريعة الداخلية فى النظام القانونى المركب وفقا لقواعد الاسناد فى دولة القاضى

٦٧ــ ذهبت أقلية من الفقه الى أنه اذا ما قضت قاعدة الاسناد فى قانون القاضى بتطبيق قانون دولة ذات نظام قانونى مركب تعين على القاضى تجاهل قواعد الاسناد الداخلية التى يتضمنها قانون هذه الدولة

---

(١) قارن Rabel : The conflict of Laws الجزء الأول صفحة ١٣٤ .

(٢) وقد اطلق الفقه تسميات عديدة على رجوع القاضى الوطنى لقواعد الاسناد الداخليه التى يقضى بها القانون الواجب التطبيق . فاطلق الفقيه Pillet على ذلك اصطلاح التفويض واطلق الفقيه Arminjon على ذلك اصطلاح الاحالة الضرورية كما اطلق الفقيه Batiffol على ذلك اصطلاح الاحالة الداخلية . ويطلق الدكتور عز الدين عبد الله على ذلك اصطلاح الاسناد الداخلى .

وتحديد الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق على النزاع وفقا لقواعـد الاسـناد التى يتضمنها قانونه الوطنى .

ويقوم هـذا الرأى على فكرة أساسية مقتضـاها أن وظيفة قاعدة الاسـناد ليست مجرد تحديد الدولة التى يختص قانونها بحكم النزاع بل الوصـول مباشرة الى الحل الموضـوعى للمنازعـات ذات الطـابع الدولى[1] .

كذلك يرى أنصار هذا الرأى أن القاضى الوطنى غير ملزم بتطبيق قواعد صادرة من مشرع دولة أجنبية ، اذ أن القاضى الوطنى لا يأتمر الا بأوامر مشرعه هو . هذا فضلا عن أن ضوابط الاسناد الداخلية فى الدولة الأجنبية قد تختلف تمام الاختلاف عن ضوابط الاسناد الدولية فى قانون القاضى مما قد يؤدى الى اهدار قاعدة الاسناد فى قانون القاضى من الناحية العملية[2] .

٨١ — ولا يترتب على تطبيق قواعد الاسناد المنصوص عليها فى قانون القاضى أية مشكلة فيما يتعلق بضوابط الاسناد المكانية . كموطن الشخص أو محـل وقوع الفعل أو موقـع المـال . ذلك أن ضـابط الاسناد المكانى كفيل بطبيعته بتحديد الوحدة الاقليمية التى تتركز فيها العلاقة والتى يتعين بالتالى تطبيق قانونها ، سواء كانت هذه الوحـدة اقليم دولة بأسرها أم جزءا من هذا الاقليم .

غير أن أنصار هذا الرأى اختلفوا بالنسبة لتحديد الشريعة المختصة داخليا اذا كان ضابط الاسناد فى دولة القاضى هو الجنسية . فذهب فريق منهم الى أنه يتعين الاعتداد بالشريعة الواجبة التطبيق فى عاصمة الدولة التى قضت قاعدة الاسناد بتطبيق قانونها دون سائر الشرائع الداخلية[3] . وذهب فريق آخر الى وجوب التفرقة فى هذا الصدد بين

---

(١) انظر Ago : Règles générales des conflits de lois منشور فى محاضرات أكاديمية القـانون الدولى بلاهاى سنة ١٩٣٦ الجزء الرابع ص ٣٦١ .

(٢) انظر فى ذلك Arminjon : Précis de droit international privé. الجزء الأول ( الطبعة الثالثة ) فقرة ٨١ .

(٣) انظر فى تفاصيل ذلك Arminjon المرجع السابق فقرة ٨٥ .

حالتين : الأولى هى تلك التى تكون فيها الدولة ذات النظام القانونى المركب دولة فدرالية ، وحينئذ يتعين احلال ضابط الرعوية المحلية محل ضابط الجنسية فى تحديد الشريعة الداخلية المختصة فى هذه الدولة . والثانية هى تلك التى تكون فيها الدولة ذات النظام القانونى المركب دولة بسيطة ، وفى هذه الحالة يتعين احلال ضابط الموطن محل ضابط الجنسية فى تحديد الشريعة الداخلية المختصة ، فاذا تعذر ذلك أمكن تحديد هذه الشريعة وفقا لضابط محل الاقامة والا فوفقا لمكان ميلاد الشخص ، وان تعذر اعمال أى من هذه الضوابط طبق القاضى الأحكام الموضوعية فى قانونه[1] .

اما اذا كان ضابط الاسناد فى قانون القاضى هو ارادة المتعاقدين ، فان أنصار هذا الرأى يفرقون بين الحالة التى تتجه فيها ارادة المتعاقدين صراحة أو ضمنا الى اختيار قانون دولة معينة ، وحينئذ يتعين اعمال هذه الارادة أيضا فى تحديد الشريعة الداخلية المختصة ، بمعنى أنه يتعين الرجوع الى قاعدة الاسناد الداخلية التى يتضمنها قانون هذه الدولة باعتبار أن ارادة المتعاقدين قد انصرفت الى ذلك عندما اختارت قانون هذه الدولة لحكم العلاقة ، وبين الحالة التى لم تتجه فيها ارادة المتعاقدين الى اختيار قانون دولة معينة وحينئذ يتعين تطبيق الضوابط الاحتياطية التى تقضى بها قاعدة الاسناد فى قانون القاضى عند عدم معرفة الارادة الصريحة أو الضمنية للمتعاقدين[2] .

## المبحث الثانى

### تحديد الشريعة الداخلية المختصة وفقا لقواعد الاسناد الداخلية فى النظام القانونى المركب

**٦٩ —** غير أن الفقه السائد يرى وجوب رجوع القاضى الوطنى الى

---

(١) انظر Ago المرجع السابق ص ٢١٧ .
وقارن Batiffol et Lagarde : Droit international privé .
الجزء الثانى فقرة ٣٩٠ .

(٢) ويسوى أنصار هذا الرأى بين هذه الحالة وحالة عدم احتواء القانون الذى اختارته ارادة المتعاقدين على قاعدة اسناد داخلية من حيث وجوب أعمال ضوابط الاسناد الاحتياطيه التى يقضى بها قانون القاضى لتحديد الشريعة الداخلية المختصة .

قواعد الاسناد الداخلية فى الدولة الأجنبية التى أشارت قاعدة الاسناد بتطبيق قانونها للتوصل الى تحديد الشريعة الداخلية المختصة فى هذه الدولة[1] . فقواعد الاسناد الدولية فى قانون القاضى عندما تشير الى تطبيق قانون دولة معينة انما تهدف الى ربط العلاقة القانونية بقانون هذه الدولة باعتبارها وحدة اقليمية قائمة بذاتها . ومن ثم لا يجوز الاستعانة فى ذات الوقت بهذه القواعد لتحديد الشريعة الداخلية المختصة فى النظام القانونى الأجنبى .

٧٠ ــ أما اذا تعذر على القاضى الاهتداء الى قاعدة الاسناد الداخلية فى النظام القانونى الواجب التطبيق ، فقد ذهب هذا الفقه فى ذلك مذاهب شتى .

فيرى فريق وجوب الرجوع فى حالة عدم وجود قاعدة اسناد داخلية فى النظام القانونى الواجب التطبيق الى الاحكام الموضوعية فى قانون القاضى Lex Fori [1] .

ويرى فريق ثان أن القاضى يتعين عليه فى هذه الحالة تطبيق قواعد القانون الدولى الخاص التى يتضمنها النظام القانونى الواجب التطبيق

---

(١) انظر فى ذلك Maury : Règles générales des conflits de lois صفحة ٥٥١ وانظر Rabel : Conflict of laws الجزء الاول ص ١٢٧ وانظر كذلك Batiffol محاضرات اكاديمية القانون الدولى بلاهاى سنة ١٩٣٦ الجزء الثالث المرجع السابق فقرة ٣٩٠ ص ١٩ .

وقد اخذت بهذا الحل الكثير من التشريعات الحديثة كالتشريع السويدى الصادر سنة ١٩٣٧ ( الفقرة الأولى من الفصل الثالث ) والتشريع البولندى الصادر سنة ١٩٢٦ ( المادة ٣٧ ) وقد اخذ المشرع المصرى بهذا الحل كذلك كما سنرى بالتفصيل فيما يلى كما اخذ به المشروع الثالث والأخير لتواعد الدولى الخاص المكمل للقانون المدنى الفرنسى والصادر سنة ١٩٦٧ حيث نقضى المادة ٢٢٨٦ بانه .

«Lorsque la loi applicable est celle d'un état dont le droit n'est pas unifié, elle est déterminée par les règles en vigueur dans cet état».

وقد تقرر هذا الحل كذلك فى اتفاقية لاهاى الصادرة سنة ١٩٦١ بشان شكل الوصية ( المادة الأولى من الاتفاقية ) والاتفاقية الصادرة فى ١٥ نوفمبر سنة ١٩٦٥ بشأن التبنى ( المادة ١١ من الاتفاقية ) .

(٢) انظر فى هذا الرأى Graulich : Principes de droit international privé فقرة ١٦٨ .

لتحديد الشريعة المختصة داخل هذا النظام ، تأسيسا على أنه من المنطقى افتراض أن قواعد الاسناد الداخلية لا تختلف عن قواعد الاسناد الدولية فى النظام القانونى الواحد[1] .

ويذهب فريق ثالث من الفقه الى أنه يتعين الرجوع الى مختلف الشرائع الداخلية فى النظام القانونى المركب والبحث عن قواعد الاسناد الدولية فيها ، أى التى تنظم العلاقات ذات الطابع الدولى . فاذا أجمعت هذه الشرائع على قواعد اسناد دولية واحدة تعين على القاضى تطبيق هذه القواعد أيضا فى تحديد الشريعة الداخلية المختصة بحكم النزاع[2] أما اذا اختلفت قواعد الاسناد الدولية فيما بين هذه الشرائع تعين على القاضى تطبيق شريعة الوحدة الاقليمية التى كانت ستختص محاكمها بنظر هذا النزاع[2] .

وأخيرا ذهب فريق من الفقة الى انه اذا لم توجد قاعدة اسناد داخلية فى النظام القانونى الواجب التطبيق تعين على القاضى الرجوع الى قواعد الاسناد الدولية الواردة فى قانونه لتحديد الشريعة المختصة من بين الشرائع التى يتضمنها النظام القانونى الواجب التطبيق[3] .

**٧١** — ولا يثير الأمر أية صعوبة اذا كانت هذه القواعد قائمة على ضوابط مكانية كالموطن أو محل الابرام . غير أن الأمر يدق اذا كان ضابط الاسناد هو الجنسية . ويرى هذا الفقه وجوب التفرقة حينئذ بين الحالة التى يشير فيها ضابط الجنسية الى قانون دولة فدرالية أو مركبة وتلك التى يشير فيها الى قانون دولة بسيطة .

فاذا كان ضابط الجنسية يشير الى قانون دولة فدرالية أو مركبة تعين الاستعانة بضابط الرعوبة المحلية ، الذى يتم بمقتضاه تحديد

---

(١) انظر فى ذلك .Raape : Internationales privatrecht ص ٣٥ .
Eliesco : Essai sur les conflits de lois dans l'espace sans conflits de souverainetés صفحة ٤٢٠ .

(٢) انظر فى ذلك .Wolff : Internationales Privatrecht ص ٥٤ .

(٣) انظر فى ذلك Ehrenzweig : Private international law صفحة ١٣٣ وما بعدها . ومن المنادين بهذا الرأى كذلك الفقيه Wengler

الأشخاص المنتمين الى مختلف الوحدات الاقليمية داخل هذه الدولة ، للتعرف على الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق[1] .

أما اذا كان ضابط الجنسية يشير الى دولة بسيطة تتعدد فيها الشرائع فقد اختلفت الأراء حول كيفية تحديد الشريعة الداخلية المختصة حينئذ . فذهب فريق الى أنه اذا لم يجد القاضى الوطنى قاعدة اسناد داخلية تتحدد بمقتضاها الشريعة الواجبة التطبيق فى مثل هذه الدولة فانه يتعين عليه حينئذ تطبيق الأحكام الموضوعية فى قانون دولته[2] . وذهب فريق ثان الى أنه يتعين على القاضى فى هذه الحالة اهدار قاعدة الأسناد الأصلية القائمة على ضابط الجنسية والتى أدت الى تطبيق قانون الدولة المتعددة الشرائع وتطبيق قاعدة اسناد دولية جديدة تنبى على ضابط الموطن بوصفه ضابطا احتياطيا . فاذا تعذر ذلك تعين الأخذ بقاعدة اسناد احتياطية أخرى تبنى على ضابط محل الاقامة[3] وذهب فريق ثالث الى انكار امكان استعانة القاضى بقاعدة اسناد احتياطية جديدة فى هذا المجال نظرا لما ينطوى عليه ذلك من اهدار لقاعدة الأسناد التى قررها المشرع وتطبيق قانون دولة غير ذلك الذى أراد تطبيقه . ومن ثم يرى هذا الفريق أن على القاضى افتراض وجود قاعدة اسناد داخلية فى النظام القانونى الواجب التطبيق يتمكن عن طريقها من تحديد الشريعة المختصة داخليا فى هذا النظام[4] وتقوم هذه القاعدة الداخلية المفترضة على ضابط الموطن فان لم يوجد للشخص موطن فى اقليم هذه الدولة تعين فى رأى البعض تطبيق شريعة آخر موطن كان للشخص داخل اقليم هذه الدولة ، فاذا لم يكن قد سبق له التوطن بهذا الاقليم على الاطلاق طبق القاضى شريعة العاصمة[5] ، بينما يتعين فى رأى البعض الآخر

---

(١) انظر Maury المرجع السابق صفحة ٥٥٤ .

(٢) انظر Maury المرجع السابق صفحة ٥٥٤ .

(٣) انظر فى ذلك Ehrenzweig المرجع السابق فقرة ٦٤ صفحة ١٣٤ . فقرة ١٢

(٤) انظر فى ذلك الرأى Francescakis : Jurisclasseur de droit international, Fascicule 574 ويشبه هذا الفريق من الفقه هذه الحالة بحالة عديم الجنسية الذى بحكمه قانون الموطن أو محل الاقامة نظرا لعدم وجود جنسية له .

(٥) انظر Rabel المرجع السابق ص ١٣٠ وانظر كذلك Raape المرجع السابق ص ٣٧ .

تطبيق الشريعة السائدة فى الموطن الأصلى للشخص ، فان لم يوجد مثل هذا الموطن أمكن تطبيق الشريعة السائدة فى موطن أجداده[1] .

## المبحث الثالث

## القانون المصرى ومشكلة الاسناد الى نظام قانونى مركب

### المطلب الأول

### موقف المشرع والفقه فى مصر

٧٢ــ عنى المشرع بالنص صراحة على الحل الواجب الاتباع اذا ما أشارت قاعدة الاسناد الى تطبيق قانون دولة ذات نظام قانونى مركب . فنص فى المادة ٢٦ من القانون المدنى على أنه « متى ظهر من الأحكام الواردة فى المواد المتقدمة ( أى المواد الخاصة بقواعد الاسناد ) أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها الشرائع ، فان القانون الداخلى لتلك الدولة هو الذى يقرر أية شريعة من هذه يجب تطبيقها » .

ويتبين من هذا النص أن المشرع قد أخذ بالاتجاه الغالب فى الفقه الحديث ، فلم يجعل تحديد الشريعة الواجبة التطبيق فى النظام القانونى المركب يتم وفقا لقواعد الأسناد المصرية وانما جعلها ، على العكس من ذلك ، تتحدد وفقا لما يقضى به النظام القانونى الذى أشارت اليه قاعدة الأسناد ، سواء كان نظاما قانونيا أجنبيا أم كان هو النظام الوطنى ذاته[2] .

---

(١) انظر فى ذلك Maury المرجع السابق ص ٥٥٤ .

(٢) وقد أخذ بهذا الاتجاه العديد من التشريعات . من ذلك التشريع البولندى سنة ١٩٢٦ اذ نقضى المادة ٣٦ منه بانه « متى كان القانون المختص قانون دولة تتعدد فيها التقنينات المدنية فان قانون هذه الدولة هو الذى يقرر أى هذه التقنينات يكون واجب التطبيق فى كل حالة بخصوص الذى يقرر أى هذه التقنينات يكون واجب التطبيق فى كل حالة بخصوصها». ومن ذلك أيضا تشريع سيام الصادر سنة ١٩٣٩ ( المادة ٦ ) .

ويتضح من هذا النص أن المشرع أخذ بالاتجاه السائد فى القانون المقارن والذى ينادى بتطبيق القواعد الداخلية فى قانون الدولة ذات النظام القانونى المركب لتحديد الشريعة الداخلية المختصة من بين الشرائع المتعددة فى هذه الدولة •

غير أن اعمال نص المادة ٢٦ قد أثار بعض الصعوبات نظرا لاطلاق عبارته • وقد ثار السؤال أولا عما اذا كان المشرع يقصد بتعبير « دولة تتعدد فيها الشرائع » الدول التى تتعدد فيها الشرائع تعددا شخصيا وكذلك الدول التى تتعدد فيها الشرائع تعددا اقليميا ، أم أنه يقصد فقط الدول التى تتعدد فيها الشرائع تعددا اقليميا • كذلك يثير تطبيق نص المادة ٢٦ مشكلة أخرى ، هى تلك الخاصة بتحديد الحالات التى يتعين فيها الرجوع الى القانون الداخلى فى الدولة التى تتعدد فيها الشرائع : هل يتعين الرجوع الى القانون الداخلى فى الدولة التى تتعدد فيها الشرائع فى جميع الحالات التى تشير فيها قاعدة الاسناد الوطنية الى تطبيق قانون دولة تتعدد فيها الشرائع أم أن الرجوع الى القانون الداخلى لهذه الدولة لا يكون الا فى حالات معينة فقط ؟

**٧٣ــ** أما المشكلة الأولى ، وهى الخاصة بتحديد ما اذا كان نص المادة ٢٦ يشمل حالتى التعدد الشخصى والاقليمى ، فقد أثيرت مرارا أمام القضاء المصرى وذلك بمناسبة اشارة قاعدة الاسناد المصرية الى تطبيق القانون المصرى • فثار السؤال عما اذا كان يتعين على القاضى المصرى ، وهو بصدد البحث عن الشريعة الداخلية المختصة بحكم العلاقة فى النظام القانونى المصرى ، أن يعتد بقواعد الاسناد الداخلى بالرغم من أن هذه القواعد قد وضعت لحكم العلاقات الوطنية البحتة ، أم أنه يتعين عليه ، على العكس من ذلك ، اغفال هذه القواعد نظرا لأن العلاقة المطروحة عليه تشتمل على عنصر أجنبى •

ذهبت أقلية من الأحكام[1] الى رفض تطبيق قواعد الاسناد المصرية الداخلية اذا ما كانت العلاقة تشتمل على عنصر أجنبى • غير أن محكمة

---

(١) انظر حكم محكمة استئناف القاهرة الصادر فى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٥٥ فى الاستئناف رقم ٩٠٩ السنة الثانية قضائية ( غير منشور ) •

النقض المصرية قررت الاعتداد بقواعد الاسناد الداخلية المصرية لتحديد الشريعة الداخلية المختصة بحكم العلاقات ذات الطابع الدولى التى أشارت قاعدة الاسناد باخضاعها للقانون المصرى ، مسوية فى ذلك بينها وبين العلاقات الوطنية البحتة[1] .

ويؤيد الفقه المصرى ما ذهبت اليه محكمة النقض[2] ، ويرى أن نص المادة ٢٦ قد جاء « فى صياغة عامة شاملة تسمح باتساعه لصور التعدد الاقليمى والتعدد الشخصى على حد سواء »[3] .

٧٤ — أما بالنسبة للمشكلة الثانية — وهى الخاصة ببيان ما اذا كان يتعين دائما الرجوع الى القانون الداخلى فى الدولة المتعددة الشرائع أيا كانت قاعدة الاسناد التى أشارت الى قانون هذه الدولة ، أم أنه لا يرجع الى القانون الداخلى لهذه الدولة الا فى حالات معينة فقط — فقد ساد الفقه اتجاهين رئيسيين[4] .

أما الاتجاه الأول فيرى أنه لا يجوز الرجوع الى القانون الداخلى فى الدولة المتعددة الشرائع لتحديد الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق الا اذا عجزت قواعد الاسناد الوطنية عن تحديد هذه الشريعة[5] . وفى ضوء ذلك قام أنصار هذا الاتجاه بدراسة مختلف قواعد الاسناد فى القانون المصرى لتحديد أى من هذه القواعد يمكن عن طريقها تحديد الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق فى الدولة ذات النظام

---

(١) حكم محكمة النقض الصادر فى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٦٠ ، مجموعة المكتب الفنى لمحكمة النقض السنة الحادية عشرة العدد الثالث ص ٥٨٣ .

(٢) انظر مقال الدكتور حسن بغدادى : الاسناد الى قوانين الدول المتعددة الشرائع ، منشور بمجلة الحقوق السنة الرابعة العدد الأول ص ١٣ والدكتور كمال فهمى : اصول القانون الدولى الخاص ص ٣٥٧ والدكتور منصور مصطفى منصور : تنازع القوانين ص ١١٨ والدكتور عز الدين عبد الله : القانون الدولى الخاص الجزء الثانى ( الطبعة السادسة ) ص ١٨٣ .

(٣) انظر الدكتور عز الدين عبد الله المرجع السابق ص ١٣٥ .

(٤) وجدير بالذكر ان القضاء لم يعرض لهذه المشكلة بعد .

(٥) ومن أنصار هذا الرأى الدكتور حسن بغدادى المرجع السابق والدكتور كمال فهمى المرجع السابق ص ٣٥٧ وما بعدها والدكتور منصور مصطفى منصور المرجع السابق ص ١١٩ .

القانونى المركب • فقيما يتعلق بقواعد الاسناد التى تبنى على ضوابط مكانية كموقع المال او محل الابرام أو محل وقوع الفعل ، يرى أنصار هذا الاتجاه أن هذه القواعد تصلح لتحديد الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق فى الدول التى تتعدد فيها الشرائع • ومن ثم فاذا ما طرح على القاضى الوطنى نزاع مشتمل على عنصر أجنبى ، وأدى اعمال ضابط الاسناد المكانى الذى تتضمنه قاعدة الاسناد المصرية الى اختيار قانون دولة تتعدد فيها الشرائع فانه يتعين اعمال ذات الضابط المكانى لتحديد الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق فى الدولة ذات النظام القانونى المركب •

ويعتبر أنصار هذا الاتجاه أن وظيفة قاعدة الاسناد هى تحديد القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق على النزاع • ومن ثم فطالما كان من الممكن التوصل الى هذه القواعد الموضوعية مباشرة وفقا لضوابط الاسناد فى قانون القاضى ، فليس هناك ما يدعو الى الرجوع الى قواعد الاسناد الداخلية فى القانون الواجب التطبيق[1] •

كذلك يستند أنصار هذا الرأى الى أن الضوابط المكانية تبنى بطبيعة تكوينها على ما يكون للعلاقة القانونية من صلة بمكان معين • ومن ثم يستطيع القاضى الوطنى عن طريق الضابط المكانى ربط العلاقة مباشرة باحدى الشرائع الداخلية فى النظام القانونى المركب دون حاجة للاستعانة بقانون هذه الدولة[2] • هذا فضلا عن أن رجوع القاضى الوطنى فى هذه الحالة الى قانون الدولة المتعددة الشرائع من شأنه أن يؤدى الى المساس بقاعدة الاسناد الوطنية ذاتها ، « فضوابط الاسناد المكانية تتوافر لها كفاية تعيين أى شريعة محلية أو اقليمية ، ويراعى فى تكوينها دائما أن تعين بذاتها المكان الذى يتركز فيه الوضع القانونى دون حاجة الى أى عنصر يستمد من القانون الواجب تطبيقه • فاذا أضيف الى تلك الضوابط عنصر من هذه العناصر أفسد مفهومهاوانحرف بها عن مقصود واضع قواعد الاسناد الوطنية »[3] •

---

(١) الدكتور كمال فهمى المرجع السابق ص ٣٥٧ •
(٢) انظر الدكتور حسن بغدادى المرجع السابق ص ٢٠ •
(٣) انظر الدكتور حسن بغدادى المرجع السابق ص ٢٢ •

١٢٤ ــ كذلك يرى أنصار هذا الاتجاه وجوب الرجوع الى قاعدة الاسناد المصرية لتحديد الشريعة الداخلية المختصة فى النظام القانونى المركب اذا كان ضابط الاسناد قائما على ارادة الأفراد • ذلك أنه عن طريق ضابط الارادة يمكن مباشرة تحديد الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق على النزاع دون حاجة الى الرجوع الى قانون الدولة ذات النظام القانونى المركب[١] • فالارادة تتكفل مباشرة بتحديد القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق على النزاع[٢] •

٧٥ ــ أما اذا كانت قاعدة الاسناد تقوم على ضابط الجنسية فانه لا مفر عند أنصار هذا الاتجاه من تطبيق المادة ٢٦ والرجوع الى القانون الداخلى فى الدولة ذات النظام القانونى المركب لتحديد الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق ؛ « فعندما تقضى قاعدة الاسناد بتطبيق قانون الجنسية فانها تقصد بذلك قانون الدولة التى يدين لها الشخص بالولاء السياسى ، عن طريق انتسابه الى جنسيتها ، وخضوعه لسيادتها الشخصية تفريعا على ذلك • فاذا كان قانون تلك الدولة متعدد الشرائع ، اتضح قصور فكرة الجنسية ــ بوصفها ضابط الاسناد ــ عن تعيين القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق ، وأصبح الالتجاء الى ضابط تكميلى أو احتياطى ، يكفل تحقيق هذا التعيين ، ضرورى لا معدى عنه »[٣] • ويترتب على ذلك وجوب استعانة القاضى المصرى بقواعد الاسناد الداخلية الواردة بالقانون الواجب التطبيق لمعرفة أى من الشرائع الداخلية فى هذا القانون هو المختص بحكم النزاع •

وعلى عكس الاتجاه السالف الذكر يذهب فريق آخر من الفقه المصرى الى وجوب اعمال نص المادة ٢٦ من القانون المدنى بالنسبة لجميع الحالات التى يتعين فيها تطبيق قانون دولة تتعدد فيها الشرائع ، وذلك دون تفرقة بين الحالات التى تقوم فيها قاعدة الاسناد على ضابط الجنسية وتلك التى تقوم فيها هذه القاعدة على ضوابط مكانية أو على

---

(١) انظر الدكتور حسن بغدادى المرجع السابق ص ١٩ •

(٢) انظر الدكتور كمال فهمى المرجع السابق ص ٣٥٧ •

(٣) انظر الدكتور حسن بغدادى المرجع السابق ص ٢٣ ، وقارن الدكتور كمال فهمى المرجع السابق ص ٣٥٨ ، والدكتور منصور مصطفى منصور : تنازع القوانين ص ١١٩ •

ضابط الارادة[1] ، فيتعين على القاضى المصرى عند أنصار هذه الاتجاه الرجوع الى القاعدة الداخلية الواردة بقانون الدولة المتعددة الشرائع لتحديد الشريعة الداخلية المختصة فيها أيا كانت قاعدة الأسناد الوطنية التى تم بمقتضاها تحديد قانون هذه الدولة •

ويستند أنصار هذا الاتجاه الى أن قواعد الاسـناد تستخدم لتركيز الرابطة القانونية فى دولة معينة وليس فى جزء أو وحدة اقليمية من هذه الدولة • ومن ثم لا يمكن اعمـال الاسناد فى قانون القاضى لتحـديد الشريعة الداخلية المختصة بحكم العلاقة ، اذ يقتصر دور هذه القواعد على اسناد العلاقة الى قانون دولة برمته •

**٧٦** ـــ أما اذا تبين للقاضى المصرى أن الدولة ذات النظام القانونى المركب لا تتضمن تشريعا عاما يحدد الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق على النزاع ، فان الفقه المصرى قد اختلف حـول كيفية الاهتـداء الى هذه الشريعة •

فذهب فريق الى أنه يتعين أن يترك للقاضى سلطة تقديرية فى تعيين الشريعة التى يتعلق بها الشخص أكثر من غيرها •

وذهب فريق آخر الى أنه يتعين على القاضى فى هذه الحالة أن يبحث عن قواعد الاسناد الداخلية المنصوص عليها فى مختلف الشرائع الداخلية فى النظام المركب ، فاذا تطابقت تعين على القاضى الأخذ بالضابط الوارد بها لتحديد الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق ، أما اذا اختلفت فيتعين عليه الرجوع الى قانون العاصمة[2] •

وذهب فريق ثالث من الفقـه الى أنه اذا لم توجد قواعد اسـناد داخلية فى القانون الأجنبى وكان ضابط الاسناد فى قانون القاضى ضابطاً

---

(١) انظر الدكتور عز الدين عبدالله المرجع السابق ص ١٨٥ ، والدكتور جابر جاد عبد الرحمن : تنازع القوانين ص ٢٥٦ ، والدكتور هشام صادق: تنازع القوانين ص ٢٠٢ .

(٢) انظر فى تفاصيل هذا الراى الدكتور جابر جاد عبد الرحمن المرجع السابق ٢٦٨ . وقد اخذت محكمة النقض المصرية بهذا الراى فى حكمها الصادر فى أول مايو سنة ١٩٥٨ ، منشور بمجموعة الأحكام الصادرة من الجمعية العمومية والدائرة المدنية لمحكمة النقض ، السنة التاسعة العدد الثانى ص ٤٢٥ وما بعدها .

مكانيا تعين الأخذ به • أما اذا كان ضابط الاسناد فى قانون القاضى يقوم على فكرة الجنسية فانه يتعين تحديد الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق على أساس آخر موطن للشخص • فاذا لم يكن له موطن فالعبرة بشريعة العاصمة • ويعتبر أنصار هذا الرأى أن وجود قانون دولى خاص موحد فى الدولة ذات الشرائع المتعددة لحكم العلاقات ذات الطابع الدولى أو وجود قواعد قانون دولى خاص متطابقة فى مختلف الوحدات الاقليمية لهذه الدولة هو بمثابة قواعد اسناد داخلية ، ويتعين على القاضى الرجوع اليها فى تحديد الشريعة الداخلية المختصة بحكم النزاع • وبعبارة أخرى فانهم يعتبرون أن المشرع قد قصد حينئذ « أن يكون حل التنازع الداخلى على غرار حل التنازع الدولى »[1] •

## المطلب الثانى

## رأينا الخاص : تأصيل مشكلة الاسناد الى نظام قانونى مركب

### ١ ــ اتحاد مقومات التنازع الدولى مع التنازع الاقليمى :

٧٧ ــ اتضح لنا من العرض السابق انقسام الفقه حول تفسير المادة ٢٦ من القانون المدنى المصرى السابق بيان مضمونها •

والواقع أن اتخاذ موقف من نطاق تطبيق هذه المادة فى القانون المصرى يقتضى ابتداء تأصيل المشكلة من الناحية النظرية المجردة وتحديد طبيعتها • ويتعين علينا بادىء ذى بدء بحث ما اذا كان التعدد الداخلى للشرائع يحمل فى طياته مقومات ظاهرة التنازع الدولى للقوانين • فظاهرة تنازع القوانين كما هو معلوم يرتبط وجودها بوجود قوانين متباينة صادرة من وحدات تشريعية مستقلة عن بعضها البعض • ويتحدد مجال تطبيق كل من هذه القوانين بحدود اقليم معين ، مما يتطلب القيام بعملية مفاضلة بين هذه القوانين لاختيار أنسبها لحكم العلاقة • وهذا الاختيار يتم عن طريق ضوابط تهدف الى ربط العلاقة بأكثر القوانين صلة بها ، بغض النظر عما اذا كان هذا القانون هو قانون القاضى المطروح

---

(١) انظر الدكتور عز الدين عبد الله المرجع السابق ص ١٨٦ .

عليه النزاع أم لا • وبعبارة أخرى فان ظاهرة التنازع الدولى للقوانين تقوم على فكرة عدم التلازم بين المحكمة المختصة بنظر النزاع والقانون الواجب التطبيق على هذا النزاع •

وبامعان النظر فى صور التعدد الداخلى للشرائع يتبين لنا أن مقومات ظاهرة التنازع الدولى للقوانين تتوافر بالنسبة للتعدد الاقليمى • فهذا التعدد يفترض وجود شرائع متباينة صادرة من وحدات تشريعية مختلفة يتحدد مجال تطبيقها بحدود الاقليم الخـاص بكل من هذه الوحدات ، مما يتطلب القيام بالمفاضلة بين هذه الشرائع لاختيار أنسبها لحـكم العلاقة عن طريق ضوابط تهـدف الى ربط العلاقة بأكثر الوحـدات الاقليمية صلة بها • وقد يكون القانون الأنسب لحكم العلاقة قانون وحدة اقليمية غير تلك التى يتبعها القاضى المطروح عليه النزاع ، بمعنى أنه ليس هناك تلازم بين المحكمة المختصة بنظر النزاع والقانون الواجب التطبيق على هذا النزاع •

أما فى حالة التعدد الشخصى للشرائع فلا يمكن القول بتوافر مقومات ظاهرة التنازع الدولى للقوانين • فبالرغم من وجود شرائع متعددة داخل الدولة فان هذه الشرائع تنتمى جميعها الى نفس الوحدة التشريعية ، كما أن مجال تطبيقها لا يتحدد بنطاق اقليمى معين داخل الدولة بل يسرى كل منها فى جميع أنحاء الدولة على أفـراد تجمع بينهم صـفات معينة كالدين أو الجنس • ويترتب على ذلك انتفاء ظاهرة عدم التلازم بين المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق ، وهى الظاهرة التى يقوم عليها التنازع الدولى للقوانين ، اذ أن القاضى الوطنى لا يطبق فى هذه الحالة سوى قواعد صادرة من الوحدة التشريعية التى ينتمى اليهـا •

**٢ ـ حتمية الرجوع للقواعد الداخلية فى القانون الواجب التطبيق بالنسبة للتعدد الشخصى**

٧٨ ـ لمـا كانت مقومات التنازع الشخصى تختلف ، كما سبق أن أوضحنا ، عن مقومات التنازع الدولى للقوانين ، فانه لا مفر من التسليم بعدم امكان استعانة القاضى بقواعد الاسناد التى وضعت لفض التنازع الدولى للقوانين فى تحديد الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق بالنسبة

للتعدد الشخصى • ومن ثم يتعين على القاضى الوطنى الرجوع عند... ـه للشريعة الداخلية فى هذه الحالة الى القانون الداخلى فى الدولة التى تتعدد فيها الشرائع لتحديد الشريعة الداخلية المختصة ، اذ لا شك أن قانون الدولة التى تتعدد فيها الشرائع هو الأنسب فى تحديد الشريعة الداخلية المختصة بحكم العلاقة • وعلى ذلك فان نص المادة ٢٦ من القانون المدنى المصرى لا يعدو أن يكون تقريرا للحل الوحيد الذى تمليه مقومات التعدد الشخصى للشرائع •

**٣ — رفض الاستعانة بقواعد الاسناد فى قانون القاضى فى مجال التنازع الاقليمى •**

... — أما اذا كان تعدد الشرائع فى النظام القانونى الواجب التطبيق اقليميا ، فقد يبدو من المنطقى الالتجاء الى قواعد الاسناد فى قانون القاضى لتحديد الشريعة الداخلية المختصة ، نظرا لأن مقومات التنازع الدولى للقوانين هى ذات المقومات التى يقوم عليها التعدد الاقليمى للشرائع داخل الدولة كما سبق أن أوضحنا •

غير أن الأخذ بهذا الحل يؤدى من الناحية القانونية الى نتائج غير سليمة ، اذ من شأنه أعطاء المنازعات ذات الطابع الدولى حلا يختلف عن ذلك الذى يقضى به القانون الأجنبى فعلا ، فى حين أن قاعدة الاسناد فى قانون القاضى ترمى الى حل النزاع وفقا لما يقضى به النظام القانونى الواجب التطبيق • فمن المعلوم أن ضوابط الاسناد تتحدد فى كل دولة وفقا لاعتبارات ومقتضيات خاصة بهذه الدولة وفى ضوء ما تمليه مصالح هذه الدولة وواقعها الاجتماعى •

ومن ثم فان اعمال قاعدة الاسناد فى دولة القاضى لتحديد الشريعة الداخلية المختصة فى النظام القانونى الأجنبى قد يؤدى الى تطبيق أحكام شريعة غير تلك المطبقة فعلا فى الدولة الأجنبية وفقا لقاعدة الاسناد الداخلية فى هذه الدولة ، مما يترتب عليه أعطاء النزاع حلا مخالفا لذلك الذى يقضى به القانون الواجب التطبيق • بل انه لو سلمنا جدلا بتطابق قاعدة الاسناد فى قانون القاضى مع قاعدة الاسناد الداخلية فى

---

(١) حكم محكمة النقض الصادر فى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٦٠ ، مجموعة المكتب الفنى لمحكمة النقض السنة ١١ العدد الثالث صفحة ٥٨٣ .

القانون الواجب التطبيق بالنسبة للمسألة محل النزاع فان ذلك لا يعنى بالضرورة تماثل الحل الناتج عن اعمال كل من القاعدتين.ذلك أنه بالرغم من تطابق قاعـدة الاسناد فى كلا القانونين فان تحـديد مدلول ضابط الاسناد قد لا يكون واحدا فى كل منهمـا • فلو فرضنا مثلا أن قاعدة الاسناد فى كلا القانونين تقضى باخضاع المسئولية عن الفعل الضـار لقانون محل وقوع الفعل ، فان الحل النهائى للنزاع قد يختلف مـع ذلك نتيجة لاختلاف القانونين فى تحديد المقصود بمحل وقوع الفعل • فقد يحدد قانون القاضى محل وقوع الفعل على أنه محل تحقق الضرر بينما يحدده النظام القانونى الأجنبى على أنه محل حدوث الخطأ •

وفضلا عن ذلك فان بعض ضوابط الاسناد المأخوذ بها فى حل التنازع الدولى للقوانين كضابط الجنسية لا تجدى فى حل التنازع القائم بين الشرائع الداخلية فى نفس الدولة • ذلك أن هذا الضابط يربط العلاقة بدولة برمتها وليس باقليم معين داخل هذه الدولة •

٨٠ — مما سبق يتبين لنا عدم امكان التسـليم بما ذهب اليه بعض الفقه من وجوب اعمال ضوابط الاسناد الواردة فى القانون المصرى لحل التنازع الاقليمى فى دولة تتعدد فيها الشرائع ، ونرى أن القاعدة التى أتت بها المـادة ٢٦ من القانون المدنى المصرى — والتى تقضى بالرجوع الى قاعدة الاسناد الداخلية فى القانون الواجب التطبيق — يجب أن تشمل حالة التعدد الاقليمى للشرائع فى النظام القانونى الواجب التطبيق فضلا عن شمولها لحالة التعدد الشخصى للشرائع على النحو الذى سبق بيـانه •

كذلك فان الرجوع الى قاعدة الاسناد الداخلية فى الدولة المتعددة الشرائع يجب أن يكون عاما ؛ بمعنى أنه يتعين الرجوع الى هذه القاعدة أيا كان ضابط الاسناد الذى يتضمنه قانون القاضى • فيتعين فى رأينا الرجوع الى قاعدة الاسناد الداخلية فى النظام القانونى الواجب التطبيق حتى بالنسبة للحالات التى يكون فيها الضابط الذى تتضـمنه قاعدة الاسناد المصرية من الضوابط المكانية كضابط الموطن أو موقع المـال أو محل وقوع الفعل أو محل ابرام التصرف ، وذلك باعتبار أن الاعمال الصحيح لهذه القاعدة لا يتحقق الا باعطاء النزاع ذات الحـل الذى يقضى به النظام القانونى الواجب التطبيق ، وهو ما لا يتأتى كما سبق

أن أوضحنا الا عن طريق تطبيق قاعدة الاسناد الداخلية فى القــانون الأجنبى[1] •

**٤ ــ التحفظ الناجم عن دور الارادة فى تحديد القانون الواجب التطبيق •**

**٨١** ــ غير أن الأمر يدق بالنسبة للحالة التى تقوم فيهــا قاعدة الاسناد على ضابط الارادة ، فمن المبادىء المسلم بها فى القانون الدولى الخاص ترك الحرية للأفراد فى اختيار القانون الذى يحكم التزاماتهم التعاقدية أعتدادا بمبدأ كفاية الارادة • فالغرض من قاعدة الاسناد فى هذه الحالة هو تطبيق القواعد القانونية التى يرى الأفراد صلاحيتها لحكم التزاماتهم التعاقدية • ومن ثم فاذا أتجهت ارادة الأفراد صراحة أو ضمنا الى اخضاع التزاماتهم التعاقدية لاحدى الشرائع الداخلية فى دولة معينة تعين الاعتداد بهذا الاختيار دون حاجة للرجوع الى قاعدة الاسناد الداخلية فى هــذه الدولة • أما اذا اقتصرت ارادة الأفراد الصريحة أو الضمنية على اختيار قانون دولة معينة لحكم التزاماتهم التعاقدية دون تحديد للشريعة الداخلية فى هــذه الدولة ، فان ضابط الارادة يكون قد أدى وظيفته بتحديد الدولة المراد اخضاع الالتزام التعاقدى لقانونها ، ويتعين حينئذ فى رأينا الرجوع الى قانون هــذه الدولة ذاته لتحديد الشريعة الداخلية المختصة عن طريق قاعدة الاسناد الداخلية فيه • والواقع أن الرجوع فى هذه الحالة الى النظام القانونى الذى عينته ارادة الأفراد لتحديد الشريعة الداخلية المختصة فيه هو نتيجة لاعمال مبدأ سلطان الارادة فى تحديد القانون الواجب التطبيق • فارادة الأفراد باختيارها قانون دولة معينة لحكم العلاقة انما عبرت عن اختيارها الخضوع للحكم الذى يعطيه هذا القانون فعلا للعلاقة • وهو ما لا يتأتى الا عن طريق الأخــذ بقاعدة الاسناد الداخلية التى يتضمنها هذا القانون لتحديد الشريعة المختصة بحكم العلاقة •

---

(١) وهذا الحل يفرض نفسه من باب اولى فى الحالة التى تقوم فيها قاعدة الاسناد فى القانون المصرى على ضابط الجنسية ، بل ان الفقه المنــادى بالتقييد من حكم المــادة ٢٦ يرى ان هذه الحالة هى المجال الوحيد لتطبيق قاعدة الاسناد الداخلية فى النظام القانونى الذى تشير اليه قاعدة الاسناد . فضابط الجنسية قاصر بطبيعته عن حسم النزاع الداخلى اذ ينتهى دوره باسناد العلاقة الى قانون دولة برمتها كما سبق البيان •

ولكن ما الحل اذا أغفل الأفراد الاشارة صراحة الى قانون أية دولة لحكم التزاماتهم التعاقدية ولم يتسن استخلاص ارادتهم الضمنية فى هذا الصدد ؟

من المعلوم أن المشرع أتى بضوابط معينة يتعين الرجوع اليها عند تخلف ارادة المتعاقدين لتحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة(1) • فاذا أشارت هذه الضوابط الى تطبيق قانون دولة تتعدد فيها الشرائع فانه يتعين فى رأينا الرجوع الى قواعد الاسناد الداخلية فى هذه الدولة لتحديد الشريعة المختصة بحكم العلاقة ، ولا نرى امكان التسوية بين هذه الضوابط التى قررها المشرع وبين ضابط الارادة من حيث القدرة على تحديد الشريعة الداخلية المختصة فى النظام القانونى الواجب التطبيق • فهذه الضوابط لا صلة لها فى حقيقة الأمر بارادة المتعاقدين بحيث يمكن القول بأنها تعبر عن ارادتهم المفروضة ، اذ هى ضوابط احتياطية أتى بها المشرع لتحل محل ضابط الارادة عند تخلفه • ولا فرق بينها وبين سائر الضوابط المكانية التى أتى بها المشرع • ومن ثم يجب أن يكون حكمها حكم الضوابط المكانية الأخرى من حيث عدم جواز الأخذ بها لتحديد الشريعة الداخلية المختصة واقتصارها على تحديد الدولة التى يتعين اسناد العلاقة الى قانونها •

٨٢ — وجدير بالذكر أن تحديد مدلول الضابط الذى تتضمنه قاعدة الاسناد الداخلية فى النظام القانونى الواجب التطبيق يجب أن يتم وفقا لمفهوم هذا النظام وليس وفقا لمفهوم القانون الوطنى للقاضى • والقول بغير ذلك من شأنه اهدار قاعدة الاسناد الوطنية التى ترمى الى حل النزاع وفقا لما هو كائن فعلا فى النظام القانونى الواجب التطبيق •

### ٥ — الحل المقترح فى حالة عدم وجود قواعد داخلية

٨٣ — نخلص مما تقدم الى أنه يتعين على القاضى الرجوع الى القواعد الداخلية فى الدولة المتعددة الشرائع لمعرفة الشريعة الداخلية

---

(1) وهذه الضوابط وفقا لنص المادة ١٩ من القانون المدنى هى الموطن المشترك للمتعاقدين ان اتحدا موطنا ، فان اختلفا موطنا أخذ بضابط محل ابرام التصرف •

المختصة بحكم النزاع سواء كان التعدد شخصيا أم قليميا ، وذلك فيما عدا الحالة التى يتبين فيها انصراف ارادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية الى الخضوع للقواعد التى تقضى بها شريعة داخلية معينة •

ولكن ما الحل اذا لم يشتمل النظام القانونى الواجب التطبيق على قواعد داخلية تشريعية كانت أم عرفية أو اذا لم يكن العمل مستقرا فى هذا النظام على حل واضح للتنازع الداخلى بين الشرائع المختلفة التى يتضـــمنها ؟

يبدو لنا أنه لا يمكن التسليم فى هذا الصدد بما ذهب اليه فريق من الفقه من وجوب رجوع القاضى للقواعد الموضوعية فى قانونه لحـل النزاع اذا لم يستطع الاهتداء الى الشريعة الداخلية فى النظام القانونى الواجب التطبيق • فمثل هذا الحل ينطوى على اهـدار كامل لقاعدة الاسناد التى تقضى صراحة باخضاع النزاع لنظام قانونى معين •

كذلك يبدو لنا من العسير الأخذ بما ذهب اليه البعض الآخر من وجوب اعمال القاضى لقواعد الاسناد فى قانونه للتوصل الى الشريعة الداخلية المختصة داخل النظام القانونى الواجب التطبيق ، اذ قد يؤدى ذلك الى اعطاء النزاع حلا غير ذلك الذى يقضى به فعلا النظام القانونى الواجب التطبيق •

ولا يسعنا كذلك الأخذ بما ذهب اليه فريق من الفقه من وجـوب البحث فى هذه الحالة عن قاعدة اسناد احتياطية تحل محل قاعدة الاسناد التى يقضى بها قانون القاضى والتوصل عن طريق هذه القاعدة الاحتياطية الى نظام قانونى آخر لحكم النزاع • ذلك أن اعمال القاضى لقاعدة اسناد احتياطية ينطوى بدوره على اهدار لقاعدة الاسناد الحقيقية التى يقضى بها المشرع الوطنى •

كذلك لا نؤيد القول بشكل عام بالتزام القاضى فى جميع الحالات بتطبيق شريعة محددة سلفا فى النظام القانونى الأجنبى — كشريعة العاصمة مثــلا أو شريعة الموطن الأصــلى للشخص — عند عدم وجود قاعدة اسناد داخلية فى هذا النظام • ذلك أن كل نظام قانونى له طبيعته الخاصة ومن ثم فان الزام القاضى سلفا وفى جميع الحالات بتطبيق

شريعة داخلية محددة قد لا يتفق دائما مع روح النظام القانونى الواجب التطبيق على النزاع •

والرأى عندنا أنه اذا لم يتضمن النظـــام القانونى الواجب التطبيق قاعدة اسناد داخلية تعين على القاضى الوطنى أن يضع نفسه موضع الدولة الأجنبية التى أشارت قاعدة الاسناد باخضاع النزاع لنظامها القانونى ، ويقوم باختيار الشريعة الداخلية المختصة وفقا لروح هذا النظام نفسه وخصائصه •

وقد يستشف القاضى الروح المهيمنة على النظام القانونى الأجنبى فى تحديد الشريعة المختصة داخليا من قواعد الاسناد الدولية التى يتضمنها هذا النظام والتى تنظم العلاقات ذات الطابع الدولى مثلا أو من قواعد الاسناد الدولية أو الداخلية التى تتضمنها الشرائع الداخلية المختلفة • وقد يرى القاضى فى حالات أخرى أن روح النظام القانونى الأجنبى تتفق مع تغليب شريعة العـــاصمة على سائر الشرائع الداخلية الأخرى •

أما اذا تعذر على القاضى التوصـــل الى روح القانون الاجنبى تعين عليه فى رأينا البحث عن أكثر الشرائع الداخلية أرتباطا بالنزاع وطبق الأحكام الموضوعية فى هذه الشريعة[1] •

٨٤ــ ويقترب من حالة عدم وجود قاعدة اسناد داخلية فى النظام القانونى الواجب التطبيق الحالة التى يتضمن فيها هذا النظام قاعدة اسناد داخلية ولكن يكون من شأن اعمالها تطبيق قانون دولة أجنبية عن النظام القانونى الواجب التطبيق أصلا • ومثال ذلك أن تشير قاعدة الاسناد الداخلية فى الدولة المتعددة الشرائع الى تطبيق قانون موطن الشخص

---

(١) وقد اخذ بهذا الاتجاه المشروع الثالث والأخير لقواعد القانون الدولى الخاص المكمل للقانون المدنى الفرنسى ( ١٩٦٧ ) اذ تقضى المـــادة ٢٢٨٦ منه بأنه اذا كان القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة تتعدد فيها الشرائع فان الشريعة الداخلية المختصة تتحدد وفقا للقواعد المقررة فى هذه الدولة . فان لم توجد مثل هذه القواعد تعين تطبيق الشريعة التى يربطها بالنزاع رابطة فعلية lien effectif ( منشور فى Revue critique سنة ١٩٧٠ العدد الرابع ص ٨٤٢ ) •

كذلك تضمنت اتفاقيتا لاهاى الصادرتان فى ٥ اكتوبر سنة ١٩٦١ بشأن شكل الوصية ( م ١ ) وفى ١٥ نوفمبر سنة ١٩٦٥ بشأن التبنى ( م ١١ ) حكما مماثلا •

ويكون الشخص متوطنا خارج اقليم هذه الدولة • فاعمال قاعدة الاسناد الداخلية من شأنه فى هذه الحالة تطبيق قانون الدولة الجديدة التى يوجد بها موطن الشخص ، أى الأخذ بفكرة الاحالة • ومن المعلوم أن المشرع المصرى يرفض الأخذ بهذه الفكرة اذ يأمر القاضى بتطبيق القواعد الموضوعية فىالقانون الذى تشير اليهقاعدة الاسناد المصرية دون غيره[1] ويستوى فى هـذا أن تكون القواعد الموضوعية التى تمت الاحالة اليها هى قواعد القانون المصرى ذاته أم كانت قواعد قانون دولة ثالثة[2] ومن ثم فانه بالرغم من وجود قاعدة اسناد داخلية فى النظام القانونى الأجنبى فان القاضى المصرى لا يستطيع الرجوع اليها فى هذه الحالة • ويتعين حينئذ البحث عن معيار تتحدد به الشريعة الداخلية المختصة بحكم النزاع •

ويبدو لنا وجوب الأخذ فى هذه الحالة بنفس الحل الذى أنتهينا اليه عند عدم وجود قاعدة اسناد داخلية تحدد الشريعة المختصة • وبعبارة أخرى يتعين على القاضى المصرى تحديد الشريعة الداخلية المختصة وفقا لروح النظام القانونى الواجب التطبيق أصلا • فان تعذر ذلك تعين تطبيق الشريعة الداخلية الأكثر ارتباطا من غيرها بالنزاع •

٨٥ وغنى عن البيان أنه يتعين على القاضى الوطنى ، عند قيامه بتطبيق قواعد الاسناد الداخلية التى يتضمنها النظام القانونى المركب ، أن يرجع الى الأفكار والمبادىء السائدة فى هـذا النظام القانونى لتحديد مدلول هـذه القاعدة • فتحديد مفهوم قاعدة الاسناد الداخلية فى النظام القانونى الأجنبى يخرج من مجال اعمال قانون القاضى نظرا لأنه يعتبر بمثابة تكييفات لاحقة وبالتالى يتعين اخضاعها للقانون الذى أشارت بتطبيقه قاعدة الاسناد Lex Causae •

---

(١) تقضى المـادة ٢٧ من القانون المدنى المصرى بأنه « اذا تقرر أن قانونا اجنبيا هو الواجب التطبيق فلا يطبق منه الا احكامه الداخلية دون تلك التى تتعلق بالقانون الدولى الخاص » .

(٢) أنظر حكم محكمة الاسكندرية الابتدائية الصادر فى ٢٠ ابريل سنة ١٩٥٤ ، بالمجلة المصرية للقانون الدولى سنة ١٩٥٤ مع تعليق للدكتور عز الدين عبد الله .

# الفصل الثانى

## فى تحديد القواعد الواجبة التطبيق فى القانون الأجنبى :
## ( القواعد الموضوعية أم قواعد الاسناد ؟ )

104

٨٦ — لا يكفى للتوصل الى الحل النهائى للنزاع معرفة أحكام القانون الأجنبى الذى تشير اليه قاعدة الاسناد الوطنية ، بل يتعين فضلا عن ذلك تحديد القواعد الواجبة التطبيق فى هذا القانون • فمن المعلوم أن القانون الأجنبى يتضمن — أسوة فى هذا الصدد بالقانون الوطنى — نوعين من القواعد : قواعد اسناد تحدد القانون الواجب التطبيق فى المنازعات ذات الطابع الدولى ، وقواعد موضوعية تتكفل مباشرة باعطاء الحل النهائى للنزاع • ومن ثم يتعين تحديد ما اذا كانت مهمة القاضى تقتصر على تطبيق القواعد الموضوعية فى القانون الأجنبى للتوصل الى الحل النهائى للنزاع أم أنه على العكس من ذلك يتعين على القاضى الوطنى الانصياع اى ما تقضى به قواعد الاسناد فى القانون الأجنبى •

والواقع أن البت فى هذه المشكلة أمر جوهرى ليس من الناحية النظرية فحسب ، بل أيضا من الناحية العملية نظرا لما قد يترتب على ذلك من تغيير فى الحل النهائى للنزاع • فاذا ما أشارت قاعدة الاسناد الوطنية الى تطبيق قانون أجنبى معين ، فانه قد يحدث أحيانا أن تشير قاعدة الاسناد الواردة فى القانون الأجنبى الى تطبيق قانون غيرقانونها، كأن تقضى بتطبيق قانون القاضى الوطنى نفسه أو تقضى بتطبيق قانون دولة أجنبية أخرى • فاذا انصاع القاضى الوطنى الى ما تقضى به قاعدة الاسناد الواردة بالقانون الأجنبى فان ذلك يؤدى الى تطبيق قانون آخر غير القانون الذى أشارت بتطبيقه قاعدة الاسناد الوطنية ، وبالتالى فان الحل النهائى للنزاع فى هذه الحالة سيختلف عن الحل النهائى للنزاع لو قام القاضى مباشرة بتطبيق القواعد الموضوعية فى القانون الأجنبى الذى أشارت بتطبيقه قاعدة الاسناد فى قانونه •

وقد أثار تحديد ما اذا كان القاضى الوطنى ملزما بتطبيق قاعدة الاسناد المنصوص عليها فى القانون الأجنبى أو على العكس من ذلك ينحصر التزامه فى تطبيق القواعد الموضوعية فى هـذا القانون جدلا كبيرا فى الفقه والقضاء • وقد أطلق فقهاء القانون الدولى الخاص على هذه المسألة اسم الاحالة Renvoi، وذلك باعتبار أن القانون الأجنبى ، الذى أشارت بتطبيقه قاعدة الاسناد الوطنية ، لا يتكفل بأعطاء الحل النهائى للنزاع وانما يحيل حسم النزاع الى قانون آخر • وتعد مشكلة الاحالة بحق من أشهر المشكلات فى القانون الدولى الخاص[1] •

٨٧ — وقد بدأت عناية الفقه ببحث مشكلة الاحالة بشكل واضح على أثر قضية شهيرة ثارت أمام القضـــاء الفرنسى فى أواخر القرن التاسع عشر[2] وهى القضية المعروفة بقضية فورجو **Affaire Forgo.** وتتلخص هذه القضية فى أن المدعو فورجو ، وهو ولد غير شرعى يتمتع بالجنسية البافارية ، توفى فى فرنسا بعد أن أقام فيها فترة طويلة • وترك وراءه ثروة منقولة دون أن يكون له زوجة أو أولاد • وحينئذ ثار النزاع بين أقاربه الطبيعيين من الحواشى ( وهم الأخوة والأخوات والأعمام والعمات ) وبين الحكومة الفرنسية حول من تؤول اليه الثروة • وكان محور الخلاف هو تحديد القانون الذى يخضع له الميراث : هل هو القانون الفرنسى أم القانون البافارى ؟ فاذا أخذنا بالقانون البافارى آلت التركة الى الحواشى نظرا لأنه يسمح لهم بالارث • أما اذا أخذنا بالقـــانون الفرنسى آلت التركة الى الدولة باعتبارها تركة شاغرة نظرا لأن القانون الفرنسى لا يورث الحواشى •

ولمـــا كانت قاعدة الاسناد فى القانون الفرنسى تقضى بخضوع الميراث

---

(١) Famosissima questio • وقد أحصى الفقيه Emile Potu فى مؤلفه الصادر سنة ١٩١٣ :
La question du renvoi en droit international privé
عدد الابحاث التى تناولت هذه المسألة فوجدها ٣٥٠ بحثا . انظر المؤلف المذكور ص ١٩٧ •

(٢) وينوه الفقيه Niboyet ان مشكلة الاحالة عرض لهـــا الشراح الفرنسيين فى القرن السابع عشر ، انظر مؤلفه Traité الجز الثالث ص ٤٣٨ . كما يذكر الفقيه Martin Wolff ان بعض الأحكام الانجليزية والألمـــانية فى القرن التاسع عشر أخذت بشكل ضمنى بالاحالة . انظر مؤلفه Private International Law صفحة ١٩٠ .

لقانون الموطن الأصلى فان محكمة استئناف بوردو طبقت القانون البافارى وقضت لحواشى المتوفى بالتركة • غير أن محكمة النقض الفرنسية نقضت الحكم تأسيسا على أن محكمة الاستئناف كان يتعين عليها تطبيق قاعدة الاسناد فى القانون البافارى وهى تقضى بخضوع الميراث لقانون الموطن الفعلى وقت الوفاة أى للقانون الفرنسى • ولما كان القانون الفرنسى لا يورث الحواشى فان المحكمة قضت بأيلولة التركة الى الدولة الفرنسية[1] •

ويتضح من الحكم السالف الذكر أن محكمة النقض الفرنسية أقرت الأخذ بنظرية الاحالة • واذا كانت الاحالة فى المثل السابق الذكر قد أدت الى تطبيق قانون القاضى ، مما كان له بلا شك أثره فى قبول المحكمة لفكرة الاحالة[2] الا أن منطق هذه النظرية قد يؤدى كذلك كما سبق البيان الى تطبيق قانون دولة ثالثة بدلا من قانون القاضى • فلو فرضنا أن الموطن الفعلى للمتوفى فى قضية فورجو السالفة الذكر وجد بانجلترا لتعين حينئذ تطبيق القانون الانجليزى بدلا من قانون القاضى •

٨٨ — وقد انقسم الفقه التقليدى فيما يتعلق بمشكلة تحديد القواعد الواجبة التطبيق فى القانون الأجنبى الى فريقين رئيسيين ، الفريق الأول ، ويؤيده القضاء فى بعض الدول كفرنسا ، يرى أنه يتعين على القاضى دائما ، اذا ما أشارت قاعدة الاسناد الوطنية بتطبيق قانون أجنبى معين ، أن ينصاع الى ما تقضى به قواعد الاسناد فى هذا القانون • أما الفريق الثانى ، وتؤيده بعض التشريعات كالتشريع الايطالى والمصرى • فيرى أن القاضى الوطنى يلتزم فقط بتطبيق القواعد الموضوعية فى القانون الأجنبى دون تلك المتعلقة بالاسناد •

---

(١) الحكم صادر فى ٢٤ يونيو ١٨٧٨ ومنشور فى Sirey 1878, I, p. 429.

(٢) ينوه بعض الفقهاء بأن النتيجة التى أدى اليها الأخذ بالاحالة فى القضية المذكورة كانت بمثابة الحجة الحاسمة بهذه النظرية . اذ ترتب على الأخذ بالاحالة ليس فقط تطبيق القانون الفرنسى بل ايلوله التركة الى الدولة الفرنسية كذلك . وقد أقر القضاء الفرنسي صراحة فى بعض احكامه أن امكان تطبيق القانون الفرنسى على موضوع النزاع هو احدى المزايا الهامة التى بسبيل جعلته يميل الى الأخذ بالاحالة .

## المبحث الأول

## فى تطبيق قواعد الاسناد فى القانون الأجنبى
## أو
## الأخذ بفكرة الاحالة

٨٩ — لما كانت قاعده الاسناد الوطنية تقتصر على الاشارة الى القانون الواجب التطبيق دون أن تعنى بتحديد ما اذا كان المقصود بهذه الاشارة هو قواعد الاسناد فى هذا القانون أم القواعد الموضوعية فيه ، فقد رأى فريق من الفقه أن هذه الاشارة يجب أن تفهم على أنها اسناد اجمالى للقانون الأجنبى Gesamteverweisung ، بمعنى أنه يتعين على القاضى ، اذا ما أشارت قاعدة الاسناد فى قانونه الى قانون أجنبى معين ، البدء بتطبيق قواعد الاسناد فى هذا القانون . ولا يخلو الأمر حينئذ من أحد فرضين : الفرض الأول هو أن تشير قاعدة الاسناد الأجنبية الى تطبيق قانون الدولة الأجنبية ذاتها . وحينئذ يتعين على القاضى أن يطبق القواعد الموضوعية فى القانون الأجنبى للتوصل الى الحل النهائى للنزاع . والفرض الثانى هو أن تشير قاعدة الاسناد الأجنبية الى تطبيق قانون آخر غير قانونها ، وفى هذه الحالة يتعين على القاضى الوطنى قبول هذه الاحالة وتطبيق أحكام هذا القانون . ويستوى فى هذا الصدد كون هذا القانون هو قانون دولة القاضى نفسه[1] ، أم قانون دولة أجنبية[2] .

---

(١) وتعرف الاحالة الى قانون القاضى فى الفقه الألمانى باسم Ruckverweisung اى الاحالة الى الخلف بينما تعرف فى الفقه الفرنسى باسم renvoi au premier degré أى الاحالة من الدرجة الأولى . ويطلق على هذا النوع من الاحالة فى الفقه الانجليزى اسم rémission ويبدو لنا أن الاصطلاح الألمانى هو الأدق تصويرا لهذا النوع من الاحالة . [illegible] أطلق الفقيه الدكتور عبد الحميد أبو هيف على هذا النوع من الاحالة اصطلاح الرجوع .

(٢) ويطلق الفقه الألمانى على هذا النوع من الاحاله اصطلاح Weiterverweisung ويطلق عليها بالانجليزية Transmission وتعرف فى الفرنسى باسم renvoi au second degré

٩٠ — وقد استند أنصار مبدأ القاضى بتطبيق قواعد الاسناد فى القانون الأجنبى أو فكرة الاحالة الى العديد من الحجج •

— أما الحجة الرئيسية التى استند اليها أنصار نظرية الاحالة فهى أنه من غير المقبول تطبيق القواعد الموضوعية التى يتضمنها قانون دولة أجنبية رغم ارادة هذه الدولة ، أى بشكل مخالف لقواعد الاسناد فى هذه الدولة • فقواعد الاسناد هى التى تتكفل بتحديد مجال تطبيق القواعد الموضوعية فى قانون دولة القاضى • ومن ثم فلا يجوز تطبيق القواعد الموضوعية فى القانون الأجنبى الا اذا كانت قواعد الاسناد الأجنبية ذاتها تسمح بتطبيقها ، اذ أن القوعد الموضوعية مرتبطة فى تطبيقها بقواعد الاسناد ارتباط الانسان بظله •

ويذهب أنصار النظرية الى حد القول بأنه اذا طبقنا القواعد الموضوعية فى القانون الأجنبى بالرغم من أن قواعد الاسناد فى هذا القانون لا تعتبر هذه القواعد مختصة بحكم العلاقة فأننا نكون قد أهدرنا مبدأ اختصاص هذا القانون الاجنبى بحكم النزاع كما أقرته له قواعد الاسناد فى قانوننا • ذلك أن تطبيق القاضى الوطنى للقانون الأجنبى فى غير الحالات التى يرى المشرع الأجنبى اخضاعها لحكمه ينطوى على تحوير لهذا القانون وتغيير لطبيعته • فكأن القاضى حينئذ قد طبق قانونا آخر غير ذلك الذى تقضى قاعدة الاسناد الوطنية بتطبيقه[1] ، كما أن ذلك يعد تدخلا من القاضى الوطنى فى وظيفة المشرع الأجنبى اذ أنه يحدد للقانون نطاقا لا يجيزه هذا المشرع وفى ذلك اعتداء على حق الدولة الأجنبية فى تحديد سيادتها التشريعية[2] •

٩١ـ كذلك يستند أنصار نظرية الاحالة الى حجة مقتضاها أن الاحالة هى السبيل الى تحقيق الاتساق القانونى وتوحيد الحلول فى الدول التى تتصل بها العلاقة • فالقاضى بقبوله الاحالة انما يعطى النزاع ذات

---

(١) انظر فى ذلك Maury : Règles générales des conflits de lois رقم ١٦٧ وما بعدها •

ويرجع الفضل الأول فى القول بهذه الحجة الى الفقيه الانجليزى المشهور Westlake انظر Annuaire de l'Institut de droit international سنة ١٩٠٠ الجزء الثامن عشر صفحة ١٦٦ •

(٢) قارن Niboyet, Traité الجزء الثالث فقرة ٤٨٣ •

الحل الذى سيأخذ به القاضى الأجنبى لو كان قد تم طرح النزاع عليه • وبذلك لا يختلف الحل الذى يلقاه النزاع تبعــا للمحكمة التى يطرح عليها ، كما تتوحد الحلول فى مجال المعاملات الدولية • وفى ذلك أيضا ضمان لتنفيذ الحكم الذى ستصدره المحكمة لدى الدولة التى تشــير قاعدة الاسناد بتطبيق قانونها ، اذ أن هذه الدولة قد تشترط لتنفيــذ الأحكام أن يكون القاضى الأجنبى قد أعمل قاعدة الاسناد التى يقضى بها قانون الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها •

## المبحث الثــانى

## فى تطبيق القواعد الموضوعية فى القانون الأجنبى :

## رفض فكرة الاحالة

٩٢ ــ وقد ذهب فريق آخر من الفقه الى القول بأنه اذا ما أشارت قاعدة الاسناد الوطنية بتطبيق قانون أجنبى معين ، فانه يتعين فهم هذه الاشارة على أنها يقصد بها فقط الأحكام الموضوعية التى يتضمنها هذا القانون • وبعبارة أخرى ، فانه يتعين على القاضى الوطنى القيام بتطبيق القواعد الموضوعية فى القانون الأجنبى مباشرة على النزاع دون تلك المتعلقة بقواعد الاسناد فيه • فالاسناد الى القانون الأجنبى فى رأيهم هو اسناد موضوعى[1] ، أى اسناد الى القواعد الموضوعية فى القانون الأجنبى وليس اسنادا اجماليا كما يقرر أنصار الأخذ بالاحالة •

وقد استند أنصار هذا الرأى الى حجة رئيسية مقتضاها أن تطبيق القاضى للقانون الأجنبى ليس أساسه ارادة المشرع الأجنبى وانما ارادة المشرع الوطنى فى دولة القاضى • فقواعد الاسناد انما وضعها المشرع الوطنى لتحديد مجال تطبيق كل من القانون الوطنى والقانون الأجنبى على العلاقات ذات الطابع الدولى • وهو يقوم بهذا التحديد فى ضوء المقتضيات التى تفرضها الحياة الدولية الخاصة وكذلك تلك التى تفرضها حياة المجتمع الوطنى فى دولة المشرع • وما قواعد الاسناد الا تعبير

---

(١) وهو ما يطلق عليه الفقه الالمانى اصطلاح Sachnormverweisung.

عن نظرة المشرع الوطنى لهذه المقتضيات ومحاولة التوفيق بينها[١] •
ومن ثم يجب حسم النزاع وفقا للقواعد الموضوعية للقانون الذى أختاره المشرع الوطنى ، لأن هذا الاختيار هو الذى يحقق الهدف الذى توخاه المشرع الوطنى • أما اذا تركنا حسم النزاع للقانون الذى تحدده قواعد الاسناد فى القانون الأجنبى ؛ فاننا نكون بذلك قد خضعنا لنظرة المشرع الأجنبى وتقديره للمقتضيات التى تملى الحل الواجب الاتباع فى مجال العلاقات الدولية الخاصة ، وهو ما يتنافى مع طبيعة قاعدة الاسناد والغرض من وجودها • بل ان فى القول بوجوب رجوع القاضى الوطنى الى قاعدة الاسناد الأجنبية لتحديد القانون الواجب التطبيق انتهاك للسيادة التشريعية للمشرع الوطنى ، فالقاضى لا يأتمر الا بأوامر مشرعة ، وفى تطبيقه لقواعد الاسناد الأجنبية تخل عن الأمر الصادر من مشرعة وخضوع للأمر الصادر من المشرع الأجنبى[٢] •

٩٣ ـ كذلك يرى أنصار هذا الاتجاه أن تطبيق قواعد الاسناد فى القانون الأجنبى من شأنه أن يؤدى الى حلقة مفرغة Circulus Inextricabili لا خروج منها • ذلك أنه لو أشارت قاعدة الاسناد فى القانون الأجنبى الى تطبيق قانون آخر ـ سواء كان هذا القانون هو قانون القاضى نفسه أم كان قانون دولة ثالثة ـ فان منطق الحجة يقضى بالرجوع أولا الى قواعد الاسناد فى هذا القانون الأخير ، فاذا قضت هذه القواعد بتطبيق قانون معين تعين الرجوع أولا الى قواعد الاسناد فى هذا القانون الجديد وهكذا الى مالا نهاية[٣] • ولا سبيل الى الخروج من

---

(١) راجع بصفة خاصة محاضرات الدكتور مصطفى كامل ياسين بأكاديمية القانون الدولى بلاهاى ، منشورة بمجموعة محاضرات الاكاديمية سنة ١٩٦٥ الجزء ١١٦ • صفحة ٤٢٦ وما بعدها •

(٢) وقد شبه الفقيه Bartin الاحالة بحيوان من حيوانات العصور الوسطى الخيالية التى تأكل نفسها . كذلك شبه الفقيه الألمانى Kahn الحلقة المفرغة التى تؤدى اليها نظرية الاحالة بغرفة المرايا المتقابلة التى تحدث كل منها انعكاساتها على الأخرى . كما شبهها الفقيه Buzzati بلعبة التنس الدولية International lawn tennis التى يتقاذف فيها اللاعبون الكرة •

(٣) غير ان هذا الرد لا يخلو فى رأى الفقيه Batiffol من المغالطة؛ ذلك انه اذا رجع القاضى الى قاعدة الاسناد الأجنبية كما ينادى أنصار الاحالة فانه انما يرجع الى القاعدة الأجنبية التى أشارت اليها قاعدة الاسناد الوطنية . اى ان تحديد القانون الأجنبى الذى يطبق القاضى قاعدة الاسناد

هذه الحلقة المفرغة الا بتطبيق القواعد الموضوعية فى أى من القوانين التى تتم الاحالة اليها ، كما فعلت المحاكم الفرنسية فعلا فى قضية فورجو عند تطبيقها للقواعد الموضوعية فى القانون الفرنسى ، وهو قانون القاضى فى هذه الحالة • ومن ثم فان الخروج من الحلقة المفرغة التى يوقعنا فيهـا مبدأ الرجوع الى قواعد الاسـناد فى القانون الأجنبى لا يتحقق الا عن طريق اهدار ذات المبدأ وتطبيق القواعد الموضوعية فى أية مرحلة من المراحل •

٩٤ ــ ولم يجد أنصار هذا الرأى صعوبة فى الرد على الحجج التى استند اليها أنصار الاحالة • فالقول بأن الأخذ بالاحالة من شأنه تحقيق الاتساق القانونى وتوحيد الحلول بين الدول التى تتصل بالعلاقة قـول مردود • فالأخذ بالاحالة ليس من شأنه فى واقع الأمر توحيد الحلول الا اذا أخذ فريق من الدول بالاحالة دون الفريق الآخر • أما اذا أخذت جميع الدول بالاحالة ــ وهذا هو المفروض اذا كانت النظرية سليمة ــ فان القوانين المطبقة ستختلف من دولة الى أخرى • فلو فرضنا مثلا أن كل من المشرع الفرنسى والمشرع الانجليزى يأخذ بالاحالة فان القاضى الفرنسى المطروح عليه نزاع فى مسألة من مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بأحد الانجليز المتوطنين بفرنسا سيطبق قانون الجنسية أى القـانون الانجليزى الذى [illegible] الى قانون الموطن وهو القـانون الفرنسى • وذلك فى حين أن [illegible]اضى الانجليزى الذى قد يطرح عليه نزاع مماثل سيطبق قانون ال[illegible] وهو القانون الفرنسى الذى يحيل الى قانون الجنسية وهو ال[illegible] [illegible]جليزى • وبذلك نرى أن ا[illegible]خذ بالاحالة فى كل من الدولتين لم يؤ[illegible] الى توحيد الحلول ، بل أدى الى تطبيق القاضى الانجليزى لقانو[illegible] [illegible] ذلك الذى [illegible]ته القاضى الفرنسى ، ويرد أنصار الاحالة على ذلك بأن المشاهد أن الدول لا تأخذ جميعها بالاحالة وأنه اذا ما أخذت أحد الدولتين فقط بـ[illegible]حالة فأن ذلك سيؤدى

---

فيه انما تم بناء على الأمر الصادر من المشرع الو[illegible]نى عن طريق قاعـدة الاسناد الوطنية ولم يتم من تلقـا[illegible] نفسه • ومن [illegible] فليس هناك فى حقيقة الأمر تخل عن الأمر الصادر من الم[illegible]رع الوطنى •

[illegible]ègle étrangèr[illegible] rentre [illegible]n jeu par miracle mais par la [illegible]ésignation de [illegible]re règl[illegible] conflit».

[illegible]رجع السابق صفحة ٣٤٩ •

الى توحيد الحل بين الدولتين • ولكن اذا كانت الفائدة المرجوة من الاحالة لا تتحقق الا اذا طبقت من جانب واحد فان فى ذلك القضاء عليها باعتبارها نظرية عامة[1] •

كذلك ليس بصحيح ما ذهب اليه أنصار الاحالة من تأكيد أهميتها فى مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية • فهذا الرأى يقوم أولا على افتراض أن تنفيذ الحكم سيتم حتما فى الدولة التى أشارت قاعدة الاسناد فى قانون القاضى بتطبيق قانونها ، وذلك فى حين أن الحكم قد تم تنفيذه فى أية دولة يتبين للمدعى ان من مصـلحته تنفيذه فيها • كذلك تفترض هذه الحجة أن الدولة المراد تنفيذ الحـكم بها تشترط صـدوره وفقا لقواعد الاسناد التى يقضى بها قانونها ، فى حين أن مثل هذا الشرط ليس لـه وجود الا فى النادر من التشريعات ، وهو شرط آخذ فى الزوال •

## المبحث الثالث

## بعض النظريات المؤدية الى ذات النتيجة المترتبة على الأخذ بالاحالة

**٩٥ ــ** ويرى فريق من الفقه عدم جواز الأخذ بالاحـالة بمفهومها التقليدى كأسلوب لاعمال قاعدة الاسـناد ، بمعنى أنه لا يجوز تطبيق قاعدة الاسناد التى يقضى بها القانون الأجنبى الذى أشارت اليه قاعدة الاسناد الوطنية ، ذلك أن القاضى الوطنى لا يستطيع تطبيق قاعدة اسناد غير تلك التى يأمر بها مشرعة • بيد أنه لا يجوز من ناحية أخرى تطبيق القانون الأجنبى بالرغم عنه ، اذ أن من حق المشرع الأجنبى أن يحـدد مجال تطبيق قانونه • وبعبارة أخرى فانه يتعين الرجوع الى قاعدة الاسناد الأجنبية ، لا لمعرفة القانون الذى تشير بتطبيقه ، ولكن للتحقق فقط من أنها تقر احتصاص قانونها بحكم النزاع • وعلى ذلك فاذا أشارت قاعدة الاسناد الوطنية الى قانون أجنبى لحكم العلاقة وتبين أن هذا القانون لايعتبر نفسه مختصا بحكم العلاقة تعين الامتناع عنتطبيق هذا القانون على العلاقة•ولكن لايجوز الأخذبالقانون الذى يحيل اليهالقانون الأجنبى لحكم العلاقة ، وحينئذ تصبح العلاقة ذات الطابع الدولى بلا قـانون يحكمها ويتعين بالتالى سد هذا الفراغ • فما السبيل الى ذلك ؟

---

(١) انظر فى ذلك الدكتور محمد عبد المنعم رياض : مبادىء القانون الدولى الخاص ( ١٩٤٣ ) صفحة ٣٣٢ •

٩٦ ـ ذهب الفقيه الفرنسى Lerebours-Pigeonnière الى أنه عندما يرفض القانون الأجنبى الذى تشير اليه قاعدة الاسناد الوطنية حكم النزاع فان ذلك يترتب عليه تعطيل قاعدة الاسناد الأصلية فى قانون القاضى • ويجب حينئذ ايجاد قاعدة اسناد احتياطية[١] تتكفل بحل تنازع القوانين الذى فشلت القاعدة الأصلية فى حله وتعبر عن الاشتراك الواجب توافره بين وجهات نظر القوانين المتصلة بالعلاقة والذى عجزت قاعدة الاسناد الأصلية عن تحقيقه[٢] •

ولا شك أن هـذه النظرية تحقق الغرض الذى تهدف اليه نظرية الاحالة وهو تحقيق أكبر قسط من الاتساق فى الحلول ، وذلك دون أن تتعرض للنقد الرئيسى الذى تعرضت له نظرية الاحالة وهو خضوع القاضى الى ما تقضى به قاعدة الاسناد الأجنبية • فقاعدة الاسـناد الأجنبية لا تقوم فى هذه الحالة الا بدور سلبى هو قبول الاختصاص لقانونها بحكم النزاع أو عدم قبوله • ويتعين على القاضى الرجوع الى قانونه مرة ثانية لتحديد القانون الذى يحكم النزاع اذا ما تخلى القانون الأجنبى عن حكمه ، وذلك عن طريق قواعد الاسناد الاحتياطية التى يتضمنها هذا القانون • ولكن يعيب ذه النظـرية صعوبة اهتداء القاضى الى هذه القواعد الاحتياطية • ولم يوضح القائل بهذه النظرية طريقة البحث عن هذه القواعد:هل نترك للقـاضى حرية البحث عنها فى كل حالة على حدة ؟ لا شك أن ذلك من شأنه تكليف القاضى بوظيفة أقرب الى التشريع منها الى القضاء •

لذلك فلا سبيل الى اعمال هذه النظرية الا اذا نص المشرع صراحة على قواعد اسناد احتياطية يرجع اليها اذا رفض القـانون الأجنبى الاختصاص الذى منحته اياه قواعد الاسناد الأصلية • غير أن هـذه القواعد الاحتياطية قد لا تكفل حسم تنازع القوانين اذ أن تطبيقها سيكون رهنا بدوره بقبول القانون الأجنبى الاختصاص بحكم العلاقة ، فاذا تخلى عن حكم النزاع وجب البحث عن قاعدة اسناد احتياطية أخرى لا وجود لها •

---

(١) Règle subdidiaire

(٢) انظر فى تفاصيل الفكرة المقترحة Lerebours-Pigeonnière Droit International Privé : et Loussouarn الطبعة الثامنة ص ٤٣٥ وما بعدها .

٩٧ — ويرى الفقيه Niboyet أن قواعد الاسناد الوطنية يقتصر دورها على تحديد نطاق تطبيق القانون الوطنى ، ومن ثم فلا يجب أن نبحث فيها عن اشارة الى القانون الأجنبى . فاذا لم تجد علاقة ما قانونا يقبل الاختصاص بحكمها فان هذه العلاقة تصبح « علاقة بلا وطن »[1] . ولا يجوز ترك مثل هذه العلاقة دون قانون يحكمها اذ أن ذلك ينطوى على ما أسماه انكار للقانون[2] . والقانون الوحيد الذى يمكن اخضاع العلاقة له عند تخلى القوانين عنها هو القانون الأقليمى لدولة القاضى ، ويستند فى تطبيقه لهذا القانون الى أن فكرة الأمن الاقليمى[3] تفرض على القاضى تطبيق قانون دولته على كل علاقة يوجد بينها وبين الدولة صلة ما ، حتى ولو لم تقض بذلك قواعد الاسناد الوطنية طالما أن هذه العلاقة قد تخلت عنها قوانين الدول الأخرى . ومن الواضح أن نظرية الفقيه Niboyet تتلافى بدورها النقد الموجه الى نظرية الاحالة من حيث أنها لا تسمح للقاضى الوطنى بالخضوع لقواعد الاسناد التى يأمر بها المشرع الأجنبى .

غير أن الحل الذى يقترحه الفقيه المذكور يعيبه التحيز للقانون الوطنى للقاضى فى جميع الحالات ما دامت هناك رابطة ما بين العلاقة محل النزاع والنظام القانونى الوطنى ، وذلك دون نظر الى مدى قوة هذه الصلة . وهو يصدر فى هذا الحل عن الأصل العام الذى أشاد عليه كافة حلول تنازع القوانين وهو الأقليمية .

كذلك لم يعن الفقيه ببيان الحل الواجب الاتباع بالنسبة للعلاقات التى لا يوجد بينها وبين النظام القانونى الوطنى صلة ما . فمثل هذه العلاقات لا تخضع وفقا لنظريته للقانون الوطنى اذا تخلت عنها كافة

---

(١) «Rapport de droit apatride»
انظر Niboyet : Traité الجزء الثالث ص ٤٧١ ، وقد سبق أن أوضحنا رأى الفقيه المذكور بشأن طبيعة قاعدة الاسناد ورأينا انه يخالف الفقه الغالب فى هذا الصدد ، اذ يرى أن قاعدة الاسناد يجب أن تكون مفردة الجانب Unilatérale ولا يجب أن تكون مزدوجة ، بمعنى أن وظيفتها يجب أن تقتصر على تحديد الحالات التى يسرى فيها القانون دون التعرض للحالات التى يسرى فيها أى من القوانين الأجنبية .

(٢) Deni de droit

(٣) «Police du territoire» انظر مؤلفه : Cours de Droit International Privé فقرة ٤٩٨ .

القوانين الأخرى ، ومن ثم تظل « بلا وطن » وتظل مشكلة « انـكار القانون » بلا حل .

٩٨ — وقد ذهبت بعض أحكام المحاكم الانجليزية ، يؤيدها فى ذلك فريق من الفقه الانجليزى[١] الى نتيجة شبيهة بتلك التى تؤدى اليها نظرية الاحالة عن طريق الأخذ بما أطلقوا عليه اصطلاح « نظرية المحكمة الأجنبية »[٢] ومقتضى هذه النظرية أنه اذا طرح على القاضى الوطنى نزاع مشتمل على عنصر أجنبى وكانت قاعدة الاسناد الوطنية تشـير الى تطبيق قانون دولة أجنبية معينة وجب على القاضى الوطنى أن يضع نفسه موضع القاضى فى هذه الدولة الأجنبية وأن يفصل فى النزاع كما كان سيفصل فيه القاضى الأجنبى . ومن ثم يتعين على القاضى الوطنى اعمال قاعدة الاسناد الأجنبية بنفس الطريقة التى يعملها بها القاضى الأجنبى ، أى يتعين عليه تطبيق القانون الذى كان سيطبقه القاضى الأجنبى سواء كان هذا الأخير يأخذ بالأحالة أم لا يأخذ .

وأساس هذه النظرية فى الواقع هو الفكرة المهيمنة بشأن اختصاص المحاكم الانجليزية بالمنازعات ذات الطابع الدولى . فالأصل لدى القضاء والفقه الانجليزى هو أن المحكمة الطبيعية لكل منازعة هى المحكمة التى يخضع النزاع لقانونهـا . فاذا كان النزاع خاضـعا لقانون أجنبى فان اختصاص المحاكم الانجليزية يكون فى هذه الحالة من قبيل الاختصاص الاستثنائى ويتعين على القاضى حينئـذ أن يفصـل فى النزاع بنفس الطريقة التى كانت ستفصل بها المحكمة الأصلية باعتبار أنه يفصـل فى النزاع نيابة عن هذه الأخيرة[٣] .

والواقع أن دور القاضى وفقا للنظرية السـالفة الذكر يفوق الدور الذى تفرضه عليه نظرية الاحالة . فالقاضى وفقا لنظرية الاحالة يتعين عليه تطبيق قواعد الاسناد الأجنبية فقط بينما يتعين عليه وفقا لنظرية

---

(١) انظر فى ذلك Morris : the law of the Domicile منشور فى British year book of international law 1937 ص ٣٢ وما بعدها .

(٢) Foreign court theory

(٣) راجع .
Francescakis : La théorie du renvoi et les conflits de système. en droit international privé ص ١٠٧ وما بعدها .

المحكمة الأجنبية أن يضع نفسه موضع القاضى الأجنبى من جميع الوجوه ، فهو لا يطبق قواعد الاسناد فى قانون القاضى الأجنبى فحسب بل يطبق كذلك قواعد التكييف فى هذا القانون ، كما يتعين عليه اعمال فكرة النظام العام كما يحددها النظام القانونى الأجنبى •

وهذه النظرية ، وان كانت تستجيب كل الاستجابة لمقتضيات التعاون بين الدول فى مجال المنازعات ذات الطابع الدولى ، الا أنه يعيبها من الناحية الشكلية تجاهلها لوظيفة القاضى فى الجماعة الوطنية ، اذ هى تفترض أن القاضى المطروح عليه النزاع قد تجرد من صفته كقاضى وطنى وتقلد وظيفة القضاء بشكل مؤقت فى الدول الأجنبية التى تخضع النزاع لقانونها • ولا شك أن هذا الافتراض يتنافى مع واقع حياة المجتمع الوطنى والمجتمع الدولى على حد سواء •

## المبحث الرابع

## الاحالة فى النظام القانونى المصرى

### ١ ــ رفض المشرع المصرى لنظرية الاحالة

**٩٩ ــ** اتخذ المشرع المصرى موقفا حاسما من نظرية الاحالة ، فنص فى المادة ٢٧ من القانون المدنى المصرى على أنه « اذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق ، فلا يطبق منه الا أحكامه الداخلية ، دون تلك التى تتعلق بالقانون الدولى الخاص » •

ويتضح من هذا النص أن المشرع المصرى رفض صراحة وبصورة مطلقة الأخذ بالاحالة وألزم القاضى الوطنى بالاقتصار على تطبيق القواعد الداخلية فى القانون الأجنبى التى لا تتعلق بالقانون الدولى الخاص • وبعبارة أخرى يتعين على القاضى المصرى عدم تطبيق القواعد المنظمة للعلاقات ذات الطابع الدولى ــ أى قواعد الاسناد التى يتضمنها القانون الأجنبى ــ وتطبيق القواعد الخاصة بالعلاقات الوطنية البحتة التى يتضمنها هذا القانون ، « ذلك أن قاعدة الاسناد حين تجعل

الاختصاص التشريعى لقانون معين تصدر عن اعتبارات خاصــة ، وفى قبول الاحالة أيا كان نطاقها تفويت لهذه الاعتبارات ونقض لحقيقة الحكم المقرر فى تلك القاعدة[1] » .

### ٢ — رأينا الخاص : وجوب مناقشة الاحالة فى ضوء وظيفة قاعدة الاســـناد

١٠٠ — ويبدو لنا أن اتخاذ موقف معين من فكرة الاحالة يجب ألا يبنى على الاعتبارات النظرية التى يتمسك بها أنصار أو خصوم الاحالة وانما يجب أن يتحدد فى ضوء وظيفة قاعدة الاسناد والهدف الذى تسعى الى تحقيقه ، بحيث يكون قبول الاحالة أو رفضها نتيجة لبحث مدى ملاءمتها لتحقيق وظيفة قاعدة الاسناد والهدف منها . ذلك أن الاحالة لا تعدو فى حقيقة الأمر أن تكون احدى الأساليب الممكن اتباعها فى اعمال قاعدة الاسناد .

ومن المسلم فى المجتمع الحديث أن وظيفة قاعدة الاسناد هى تحقيق التعايش المشترك بين النظم القانونية المختلفة والوصول الى أكثر الحلول تلبية لمقتضيات التجارة الدولية ، وذلك دون الاخلال بمصالح الدولة الخاصة . ولكى تتحقق هذه الوظيفة على خير وجه يسعى المشرع عند وضعه قاعدة الاسناد الى اخضاع العلاقات القانونية ذات الطابع الدولى الى أكثر القوانين قبولا من الدول المتصلة بالعلاقة ، وذلك حتى يتسنى للعلاقة انتاج أثرها فى كافة هذه الدول ، كما يحرص من جهة أخــرى على اخضـــاع العلاقة الى أكثر القـــوانين توقعا بالنســـبة للأفراد حتى لا يفاجأوا بتطبيق قانون لم يكن من السهل التنبه الى امكان خضوع علاقتهم له . وفى ضوء وظيفة قاعدة الاسناد هذه سنحاول بحث مدى ملاءمة الأخذ بنظرية الاحالة فى جمهورية مصر العربية .

١٠١ — والاحالة كما سبق أن أوضحنا اما أن تكون الى قانون دولة القاضى واما أن تكون الى قانون دولة أجنبية أخرى . أما بالنسبة الى الاحالة الى قانون القاضى ، أى القانون المصرى ، فيبدو لنـــا أنه كان

---

(١) انظر مذكرة المشرع التمهيدى للتقنين المدنى فى التعليق على نص المـــادة ٢٤ من المشروع وهى المقابلة للمادة ٢٧ من القانون المدنى المصرى .

من الأفضل النص عليها فى التشريع المصرى ، فالأخذ بها لن يتعارض مع وظيفة قاعدة الاسناد بل على العكس من ذلك سيكون أكثر تحقيقا لأهدافها • اذ لا شك أن تطبيق القاضى المصرى لقانونه سيكون مقبولا من النظام القانونى المصرى اذ سيؤدى الى استقرار الحياة القانونية والمعاملات داخل اقليم الدولة والى توحيد القواعد الموضوعية المطبقة بواسطة القاضى الوطنى ، سواء كانت العلاقة وطنية بحتة أم ذات طابع دولى • ولن يكون فى هذا التحقيق أى مساس بالنظام القانونى الأجنبى المتصل بالعلاقة نظرا لأن هذا التطبيق قد تم بناء على الاحالة الصادرة من النظام القانونى الأجنبى ذاته ؛ فتطبيق القاضى الوطنى لقانونه انما كان نتيجة للأخذ بما تقضى به قاعدة الاسناد التى يتضمنها القانون الأجنبى ذاته •

ولن يخل تطبيق القاضى لقواعده الموضوعية عادة بتوقعات الأفراد الذين يرتبطون باقليم دولة القاضى اذ من السهل عليهم معرفة هذه القواعد ، كما قد يكون من الأفضل بالنسبة لهم تطبيق القاضى للقواعد الموضوعية فى قانونه بدلا من تطبيق قواعد قانونية لدولة قد لا يتمكنون من معرفة قانونها •

١٠٢ — أما اذا تبين أن تطبيق القاضى للقواعد الموضوعية فى قانونه ينطوى على اخلال صارخ بتوقعات الأفراد فانه يتعين فى هذه الحالة رفض الاحالة وتطبيق القواعد الموضوعية فى القانون الأجنبى الذى أشارت قاعدة الاسناد الوطنية بتطبيقه •

وأهم مجال قد يتحقق فيه مثل هذا الإخلال هو مجال الأحوال الشخصية • فكثيرا ما تتعارض الأسس التى تقوم عليها مسائل الأحوال الشخصية فى الدول المختلفة تعارضا جذريا نتيجة لارتباط هذه المسائل بالعقائد الدينية • ومن ثم يكون من غير المستساغ قبول الاحالة الى قانون القاضى ، اذ لا شك أن فى تطبيق القاضى لقواعده الموضوعية فى هذه الحالة اخلال صارخ بتوقعات الأفراد • فاذا ما أثير مثلا نزاع أمام القاضى المصرى بشأن طلاق زوجين انجليزيين مختلفى الملة ومتوطنين فى مصر ، فانه يتعين وفقا لقاعدة الاسناد المصرية تطبيق قانون الجنسية أى القانون الانجليزى • ومن المعلوم أن قاعدة الاسناد الانجليزية تقضى بتطبيق قانون الموطن أى القانون

المصرى • ومن ثم سيترتب على الأخذ بالاحالة فى هذه الحالة تطبيق قواعد الشريعة الاسلامية باعتبارها الشريعة الغالبة • ولا شك أن فى هذا التطبيق اخلال واضح بتوقعات الأفراد •

كذلك قد يتحقق الاخلال بتوقعات الأفراد فى مسائل أخرى نخص منها بالذكر العقود • فقاعدة الاسناد تقضى عادة باخضاع العقد للقانون الذى يختاره المتعاقدان • فاتجاه ارادة المتعاقدين الى اختيار قانون معين لحكم علاقاتهم التعاقدية ينم فى ذات الوقت عن رغبتهم فى اخضاع هذه العلاقة للقواعد الموضوعية التى يتضمنها هذا القانون • ومن ثم لا يجوز فى رأينا فى مثل هذه الحالة تطبيق قواعد الاسناد التى يتضمنها القانون الذى يختاره المتعاقدان اذ قد يؤدى تطبيقها الى اخضاع العلاقة التعاقدية الى قانون آخر مما قد يخل بتوقعاتهم •

١٠٣ — اما بالنسبة للاحالة من الدرجة الثانية أو الاحالة المطلقة فانه ، فى ضوء الوظيفة التى تضطلع بها قاعدة الاسناد ، يتضح لنا أن المشرع المصرى قد جانبه التوفيق كذلك فى رفض هذا النوع من الاحالة• فاذا كان الهدف الرئيسى الذى تسعى الاحالة الى تحقيقه ، كما سبق البيان ، هو تحقيق التعايش المشترك بين النظم القانونية واقامة التناسق بينها فى المجال الدولى ، وذلك عن طريق تطبيق أكثر القوانين قبولا من الدول المتصلة بالعلاقة ، فان الاحالة من الدرجة الثانية من شأنها أن تسهم فى تحقيق هذا الهدف • فلو فرضنا مثلا أن قاعدة الاسناد المصرية أشارت بتطبيق القانون الهولندى وأن قاعدة الاسناد الهولندية أشارت بدورها الى تطبيق قانون دولة ثالثة كالسويد مثلا فان الامر لن يخلو من أحد الفروض الآتية :

الفرض الاول : أن يقبل أحد القوانين المحال اليها الاختصاص بحكم المسألة القانونية كما لو قبل القانون السويدى الاحالة الموجهة اليه من القانون الهولندى وذلك نتيجة لتطابق قاعدة الاسناد فى القانونين •

الفرض الثانى : أن يقوم قانون تمت الاحالة اليه بالاحالة بدوره الى القانون الذى تمت الاحالة منه كما لو أحال القانون السويدى الى القانون الهولندى •

الفرض الثالث : أن يقوم أحد القوانين المحال اليها بالاحالة الى قانون القاضى كما لو أحال القانون السويدى الى القانون المصرى .

الفرض الرابع : أن تستمر الاحالة دون توقف من قانون دولة الى قانون دولة أخرى دون أن يقبل أى قانون الاحالة الموجهة اليه أو يعيد المسألة الى أى من القوانين السابق لها القيام بالاحالة . ويلاحظ أن هذا الفرض الاخير بعيد الاحتمال ان لم يكن مستحيلا نظرا للعدد المحدود لضوابط الاسناد كما سنرى فيما بعد ، ولذلك نرى استبعاده .

أما الفرضين الاول والثانى فيشتركان فى أن قانونين على الاقل قد أجمعا على وجوب خضوع المسألة لقانون دولة معينة . ففى الفرض الاول أتفق كل من القانونين الهولندى والسويدى على أحقية القانون السويدى بحكم المسألة . كذلك الحالة بالنسبة للفرض الثانى حيث أجمع القانون السويدى والقانون المصرى على اختصاص القانون الهولندى بحكم النزاع . وازاء اجماع قانونى دولتين على اخضاع النزاع لقانون معين فان هذا القانون المجمع عليه يكون هو الاكثر تحقيقا للتناسق بين النظم القانونية والمقبول من الجماعة الدولية ، ومن ثم فانه يجدر تطبيقه على النزاع اعمالا لفكرة الاحالة على النحو الذى بيناه .

أما الفرض الثالث وهو الذى تمت فيه الاحالة من قانون سبقت الاحالة اليه — وهو القانون السويدى فى مثلنا — الى قانون القاضى فان الامر لايختلف فيه عن الاحالة المباشرة الى قانون القاضى ( أى الاحالة من الدرجة الاولى أو الرجوع ) ومن ثم فان الاعتبارات التى يقوم عليها الاخذ بهذه الاخيرة تدعم هى ذاتها الاخذ بقانون القاضى فى هذا الفرض .

من كل ما تقدم يتضح لنا أن الاخذ بنظرية الاحالة بنوعيها أمر يسهم فى تحقيق الوظيفة الاساسية لقاعدة الاسناد.وقد دعى ذلك العديد من التشريعات الحديثة الى الاخذ بفكرة الاحالة كما سنرى فيما يلى .

## المبحث الخامس
## الاحالة فى التشريعات الحديثة

١٠٤ — واذا كان التشريع المصرى قد رفض الاعتداد بفكرة الاحالة محاكيا فى ذلك التشريع الايطالى الصادر سنة ١٩٤٢ ، فان العديد من التشريعات الصادرة حديثا قد عدلت عن هذا النهج وقررت الاعتداد بفكرة الاحالة وان كان ذلك بدرجات متفاوته .

ففريق من التشريعات الحديثة يقتصر على الاخذ بالاحالة من الدرجة الاولى فقط ، أى الاحالة بمعنى الرجوع لقانون القاضى ومن أهم هذه التشريعات القانون الدولى الخاص الاسبانى التى تنص المادة ١٢ منه على أنه « يقصد بتعيين القانون الاجنبى القواعد المادية فيه دون ان يكون هناك محلا للاخذ بالاحالة التى قد تؤدى اليها قواعد الاسناد فيه وذلك بأستثناء الحالة التى تكون فيها الاحالة الى القانون الاسبانى نفسه » . وقد تضمن القانون المجرى رقم ١٣ لسنة ١٩٧٩ فى المادة الرابعة منه نصا يقضى بوجوب عدم الاخذ بالاحالة الا اذا كان من شأنها الرجوع للقانون المجرى .

وقد وصف الفقه الحديث هذه التشريعات بالقوانين ذات الطابع الأنانى وذلك لحرصها على تطبيق قانون دولة القاضى دون غيره من القوانين وتغليبها المصالح الخاصة بالقاضى الوطنى على الهدف الأصلى لقاعدة الاسناد وهو تحقيق التناسق والتعايش المشترك بين القوانين على المستوى الدولى .

١٠٥ — وقد ذهبت فئة أخرى من التشريعات الحديثة الى الالتزام

---

(١) انظر فى ذلك

Von Overbeek : Len questions générales du droit international privé à la lumiére des Codifications et projets récents.

صفحة ١٣٤.

بشكل كامل بمنطق فكرة الاحالة فلم تقتصر على الاخذ بنوع من الاحالة دون الآخر ، بل قضت بوجوب الاخذ بالاحالة سواء ادت الى الرجوع لقانون القاضى وهى الاحالة من الدرجة الاولى ، أو أدت الى تطبيق قانون دولة ثالثة وهى الاحالة من الدرجة الثانية أو الاحالة المطلقة •

ومن أهم التشريعات التى أخذت بالاحالة بنوعيها القانون الدولى الخاص النمساوى الصادر سنة ١٩٧٩ ، فتنص المادة الخامسة من هذا القانون على أن الاسناد الى نظام قانونى أجنبى يشمل أيضا قواعد الاسناد السارية منه » ، فاذا أحال القاون الاجنبى الى القانون النمساوى تعين تطبيق القواعد الموضوعية فى القانون النمساوى • واذا أحالت قواعد الاسناد فى القانون الاجنبى الى قانون دولة غير دولة القاضى أى فى حالة الاحالة من الدرجة الثانية تعين الاخذ « بالقواعد الموضوعية للقانون الذى يقبل الاختصاص لنفسه بحكم النزاع أو الذى يتلقى الاحالة أولا » •

ويتضح من نص المادة الخامسة سالفة الذكر أن المشرع النمساوى يقبل الاحالة التى تقررها قاعدة الاسناد الاجنبية القانون النمساوى بحيث تطبق حينئذ القواعد الموضوعية فى القانون النمساوى كما يعتد بالاحالة الى قانون دولة ثالثة واستمرار هذه الاحالة حتى يقبل أحد القوانين المحال اليها الاختصاص لنفسه أو حتى يتم الرجوع الى أى من القوانين التى سبقت الاحالة منها •

وقد أطلق الفقه على هذه الفقه من التشريعات وصف التشريعات الغير انانية ، أو الايثارية ، وذلك نظرا لانها لا تحرص بالذات على تطبيق قانون القاضى ، وتفضل تحقيق فكرة التناسق بين القوانين السالف الاشارة اليها [1] •

١٠٦ — وقد اختط فريق من التشريعات الحديثة طريقا وسطا • فهذه التشريعات اذ تنص على اعمال فكرة الاحالة تقيد ذلك بقيود

(١) انظر فى ذلك Von Overbeck المرجع السابق صفحة ١٣٧ •

هدفها تحقيق قسط أوفر من العدالة أو تطبيق أنسب القوانين لحكم النزاع .

ومن أهم أمثلة هذا الاتجاه القانون الدولى الخاص التشيكى الصادر سنة ١٩٦٣ والقانون الدولى الخاص الالمانى الصادر فى ٢٥ يوليو سنة ١٩٨٦ ، فتنص المادة ٣٥ من القانون الدولى الخاص التشيكى على أنه « اذا ما عينت نصوص القانون الدولى الخاص التشيكى قانون دولة ما وأحالت نصوص هذا الاخير الى القانون التشيكى ، أو أحالت الى قانون دولة أخرى فان تلك الاحالة يمكن قبولها اذا كان من شأن ذلك الوصول الى حل معقول وعادل للعلاقة محل النزاع » .

ويستفاد من هذا النص ان المشرع التشيكى لم يفرض على القاضى الاخذ بالاحالة سواء من الدرجة الاولى أم من الدرجة الثانية ، ولكنه رخص له اعمال الاحالة بأى من نوعيها اذا تبين له ان معطيات النزاع المطروح عليه تتطلب ذلك ، أى اذا رأى وفقا لما له من سلطة تقديرية ان اعمال الاحالة من شأنه تحقيق الحل العادل للنزاع .

ومن الجلى ان تخلى المشرع عن وضع قواعد ثابتة وواضحة المعالم لتحديد مدى الاخذ بالاحالة وتفويض أمر الاخذ بها للقاضى اذا ماتراءى له ذلك أمر لا يخلو من المخاطر ، بل انه يتنافى مع الامان القانونى اللازم للمعاملات والذى يتطلب معرفة المتقاضين مقدما للقانون الذى سيحكم علاقاتهم .

١٠٧ — اما التشريع الدولى الخاص الالمانى الجديد فتنص المادة ٤ منه فى فقرتها الاولى على أنه « اذا تم تعين قانون دولة أجنبية فانه يجب ان تطبق أيضا قواعد الاسناد المعنية الموجودة فيه بالقدر الذى لا تتعارض فيه هذه القواعد مع روح قاعدة الاسناد الالمانية . ويجب

---

(١) انظر فى تفاصيل ذلك :

F. Rigaux : La métho de des conflts de lois dans les codifiations et projets de la derniére décennie

صفحة ٢٣

ان تطبق القواعد الموضوعية فى القانون الالمانى اذا أحالت قواعد الاسناد الاجنبية الى القانون الالمانى » •

ويضيف المشرع الالمانى انه يتعين استبعاد الاحالة كذلك اذا كانت اشارة قاعدة الاسناد الالمانية بتطبيق القانون الاجنبى قد قصد بها تطبيق القواعد الموضوعية فى هذا القانون دون غيرها (١) •

ويتضح من هذا النص ان المشرع الالمانى قد قرر ابتداء الاخذ بالاحالة من الدرجة الاولى ، أى الاحالة التى تؤدى الى الرجوع الى القانون الالمانى وذلك باستثناء واحد نصت عليه الفقرة الثانية من المادة الرابعة السالفة الذكر اذ قررت انه « اذا كان للاطراف حرية اختيار قانون دولة معينة فان حريتهم فى هذا الصدد مقصورة على أختيار القواعد الموضوعية لهذا القانون دون سواها » أى انه اذا حددت ارادة المتعاقدين قانونا أجنبيا لحكم العلاقة فانه يتعين تطبيق القواعد الموضوعية لهذا القانون الاجنبى دون قواعد الاسناد فيه وذلك حتى ولو كانت هذه الاخيرة تحيل الى القانون الالمانى •

أما فيما يتعلق بالاحالة من الدرجة الثانية أو الاحالة المطلقة فقد قرر المشرع الالمانى وجوب الاخذ بها كذلك ولكن مع تقييد اعمالها بشرطين هامين • أما الشرط الاول فهو الا يكون من شأن الأخذ بالاحالة مساس بروح قاعدة الاسناد الالمانية • فاذا كانت هذه الاخيرة تهدف مثلا الى عدم اهدار التصرفات القانونية والى الاقلال من حالات بطلانها لاسباب متعلقة بالشكل بحيث ينعقد التصرف صحيحا اذا تم هذا الشكل وفقا لاى من القوانين الجائز للاطراف الاختيار من بينها ، فانه يستخلص من ذلك ان روح قاعدة الاسناد تقتضى تطبيق الاحكام الموضوعية فى القانون الاجنبى ولا تقبل الاحالة الى قانون آخر لتحديد صحة التصرف من حيث الشكل • واما الشرط الثانى فهو الا تكون قاعدة الاسناد الالمانية

---

(١) انظر لدراسة متعمقة فى القانون الالمانى الدكتورة حفيظة السيد الحداد : نظرية الاحالة فى القانون الدولى الخاص الالمانى الجديد •

الواجب اعماليا تنص على الاخذ بالقواعد الموضوعية فى القانون الاجنبى دون قواعد الاسناد • ومثال ذلك ما تقضى به المادة الرابعة فى فقرتها الثانية من التشريع الالمانى التى تنص على ان حق الاطراف فى اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد تقتصر على اختيار القواعد الموضوعية أو المادية دون قواعد الاسناد فى القانون الاجنبى •

# الباب الثالث

## فى تعطيل قاعدة الاسناد

## أو

## استبعاد القانون الأجنبى الواجب التطبيق

١٠٨ — اذا ما أشارت قاعدة الاسناد الوطنية الى تطبيق قانون أجنبى معين وتم التعرف على أحكام هذا القانون ، فهل معنى ذلك أن القاضى الوطنى ملزم بتطبيق هذه الأحكام فى جميع الحالات ، أم هل هنـــاك حالات يتعين فيها على القاضى الوطنى استبعاد أحكام القانون الأجنبى الواجب التطبيق •

الواقع أنه توجد حالتان رئيسيتان يتعين فيها على القاضى الوطنى استبعاد أحكام القانون الأجنبى الذى أشارت بتطبيقه قاعدة الاسناد الوطنيـــة •

الحالة الأولى هى الحالة التى تتعارض فيها قواعد القانون الأجنبى الواجب التطبيق تعارضا جوهريا مع الأسس التى يقوم عليها قانون القاضى • والحالة الثانية هى تلك التى يكون القـــانون الأجنبى قد تم التوصل الى تطبيقه على العـــلاقة بناء على تحايل الأفـــراد على قاعدة الاسناد الوطنيـــة •

ويطلق على الحالة الأولى اصطلاح الدفع بالنظام العام كما يطلق على الحالة الثانية اصطلاح الدفع بالغش نحو القانون •

# الفصل الأول

## النظام العام فى مجال العلاقات ذات الطابع الدولى

**المقصود بالنظام العام في القانون الدولي الخاص :**

١٠٩ — اتضح لنا من العرض السابق أن الأسلوب المتبع في تنظيم العلاقات ذات الطابع الدولي من شأنه امكان تطبيق القاضي لقانون أية دولة من دول العالم طالما أن هذا القانون هو أكثر القوانين صلة بالعلاقة وأقدرها على حكم هذه العلاقة . وبينا أن اختيار هذا القانون يتم نتيجة لاعمال ضوابط مجردة هي المعروفة بضوابط الاسناد . ومن ثم فانه لا يمكن معرفة الأحكام الموضوعية التي تحكم أية منازعة من منازعات القانون الدولي الخاص الا بعد تطبيق قاعدة الاسناد . فالقاضي لا يمكنه أن يعرف مقدما طبيعة الأحكام الموضوعية التي ستقوده اليها قاعدة الاسناد في كل حالة من الحالات المطروحة أمامه . فهو يقوم في الواقع بما أسماه الفقه الألماني بقفزة في الظلام[1] ، بمعنى أنه لا يعرف مقدما ما يمكن أن يصادفه من قواعد في القانون الواجب التطبيق . وقد يتضح للقاضي ، بعد اعماله لقاعدة الاسناد واهتدائه للقانون الأجنبي الواجب التطبيق ، أن تطبيق هذا القانون الأجنبي على النزاع لا يتفق مع الأسس التي يقوم عليها النظام القانوني في دولته . فلو فرضنا مثلا أن قاعدة الاسناد الوطنية تقضي بتطبيق قانون الجنسية في مسائل الزواج ، باعتبار أن هذا القانون أكثر عدالة وتحقيقا لصالح أطراف العلاقة ، ثم اتضح للقاضي عند تطبيقه لقانون جنسية أطراف العلاقة أن تطبيق هذا القانون يتعارض مع الأسس التي يقوم عليها المجتمع الوطني ويخدش الشعور العام فيه ، كما لو كان هذا

---

(١) Sprung ins dunkle
انظر Raape; Internationales Privatrecht ص ٦١ .

القانون يسمح بالزواج بين الخال وابنة الأخت ، فانه من البديهى أن يبحث القاضى عن وسيلة يحول بها دون تطبيق أحكام هذا القـــانون الأجنبى ، أى أنه لتلافى النتائج الغير المقبولة التى تؤدى اليها تطبيق قاعدة الاسناد يتعين ايجاد صمام أمن يحمى المجتمع الوطنى من القوانين الأجنبية التى تقضى قاعدة الاسناد بتطبيقها اذا تبين أن تطبيق هذه القوانين يتعارض مع المبادىء الأساسية التى يقوم عليها مجتمـع دولة القاضى • وقد جرى القضاء وغالبية الفقه على التعبير عن صمام الأمن هذا باصطلاح النظام العام الدولى [1] •

Ordre Public International

ويمكن فى الواقع القول أن قاعدة الاسناد تنطوى على شقين ، شق ايجابى وهو الذى يبين القانون الواجب التطبيق على العلاقة ، وشق سلبى وهو الذى يعلق تطبيق القانون الأجنبى على شرط عدم المساس بالأسس التى يقوم عليها النظام القانونى الوطنى [2] • وبذلك يمكن القول بأن النظام العام يعتبر جزءا مكملا لقاعدة الاسناد [3] • وهذه الطبيعة المزدوجة لقواعد الاسناد تتفق فى الواقع مع الدور الذى يقوم به القانون الدولى الخاص • فقواعد هذا القانون تهدف الى تنظيم المجتمع الدولى للأفراد والى تحقيق التعايش بين النظم القانونية المختلفة • وهى فى سبيل ذلك قد تقضى بوجوب تنازل القانون الوطنى عن حكم العلاقات ذات الطابع الوطنى واخضاعها لقانون دولة أجنبية تلبية لمقتضيات الحياة الدولية • غير أن تحقيق هذا الهدف لا يجب أن يكون على حساب المبادىء العليا للمجتمع الوطنى • فاذا كان من شأن

(١) والواقع أن هذه التسمية معيبة ، اذ لا يمكن القول بوجود نظام عام دولى بالمعنى الصحيح • فالنظام العام دائما وطنى ، بمعنى أنه يتحدد وفقا لمعايير مستمدة من المجتمع الداخلى ويعكس الأفكار الأساسية لمجتمع الدولة ويطبقه القاضى الوطنى ليغلب به نظامه القانونى على النظم القانونية الاجنبية المتعارضة مع نظامه تعارضا جذريا •

لذلك من الأفضل عدم استعمال هذه التسمية لما توحى به من أن هناك نظاما عاما يشمل الدول جميعا وصادر عن سلطة أسمى من الدول • ويمكن الاستعاضة عن هذه التسمية باصطلاح النظام العام فى مجال القانون الدولي الخاص او النظام العام فى مجال العلاقات ذات الطابع الدولى •

(٢) لذلك يطلق الفقه الألمانى على فكرة النظام العام اصطلاح الشرط التحفظى Vorbehaltklausel

(٣) قارن : Ago : Règles générales des conflits de lois مجموعة محاضرات اكاديمية القانون الدولي بلاهاى سنة ١٩٣٦ الجزء الرابع ص ٢٤٣ وما بعدها

التنازل عن حكم علاقة ذات طابع دولى لقانون أجنبى المساس بهذه المصالح تعين استبعاد هـذا القانون الأجنبى والامتناع عن تطبيقه على العلاقة ٠

١١٠ — وفكرة النظام العـام معروفة فى القانون الداخلى ٠ وهى تتخلص فى القواعد الآمرة التى لا يمكن للأفراد مخالفتها باتفاق خاص ٠ أما فى مجـال القانون الدولى الخـاص فان الـدور الذى يضطلع به النظام العـام يتلخص فى منـع تطبيـق القـانون الأجنبى الذى أشارت اليه قاعدة الاسناد الوطنية اذا كان تطبيقه يؤدى الى المساس بالأسس التى يقوم عليها المجتمع الوطنى ٠ ومن هنا جرى الفقه التقليدى على التفرقة بين ما أسـماه بالنظام العام الداخلى وما أسماه بالنظام العام الدولى ٠ وهـو يبنى هـذه التفرقة على اختلاف الوظيفـة التى يقوم بها النظام العام فى مجال القانون الداخلى عن تلك التى يقوم بهـا فى مجال القـانون الدولى الخاص ٠ فبينمـا تتكفل فـكرة النظام العام فى القانون الداخلى بابطال اتفاقات الأفراد المخالفة للقواعد الآمرة فانها تتكفل فى مجال العلاقات ذات الطابع الدولى باستبعاد القانون الأجنبى بالرغم من أنه هو الواجب التطبيق على النزاع وفقا لقواعد الاسناد بسبب تعارضه مع الأسس التى يقوم عليها النظام القانونى الوطنى ٠

ومن ثم فان النتيجة التى يؤدى اليها اعمال فكرة النظام العام فى المجال الداخلى تختلف عن النتيجة المترتبة على أعمال هـذه الفكرة فى مجال القانون الدولى الخاص ٠ فاعمال فكرة النظام العام فى المجال الداخلى لا يؤدى الى تغيير فى الاختصـاص التشريعى ، بمعنى أنه لا يؤدى الى حلول قانون آخر محل القانون الذى يحكم العلاقة أصـلا ، بل انه على العكس من ذلك يؤكد الاختصاص التشريعى لهـذا القانون ، وذلك عن طريق ابطال أى اتفاق مخالف لأحكام هـذا القانون ٠ أما فكر النظام العام فى القانون الدولى الخاص فمن شأنها تغيير الاختصاص التشريعى ، اذ هى تستبعد القانون الواجب التطبيق أصلا على النزاع لتحل محله قانون آخر لم يكن هو المختص أصلا بحكم النزاع ٠

١١١ — كذلك يلاحظ أن مجال أعمال فكرة النظام العام فى العلاقات ذات الطابع الدولى أضيق من مجال اعمال فكرة النظـام العام فى المجال الداخلى ٠ وبعبارة أخرى فان الحالات التى لا يجوز فيها للأفـراد

الاتفاق على ما يخالف القاعدة القانونية نظرا لكونها من القواعد الآمرة فى القانون الداخلى تفـوق بكثير الحالات التى يسـتبعد فيها تطبيق القانون الأجنبى لمخالفته للنظام العام فى الدولة • والسبب فى ذلك واضح فاعمال فكرة النظام العام فى مجال القانون الدولى الخـاص تؤدى الى نتيجة بالغة الخطورة ، اذ أنها تقطع المجرى الطبيعى للمعاملات الدولية وللعلاقات الأفراد المختلفة فى المجال الدولى وذلك بتعطيلها لقاعدة الاسناد التى تتكفل بتنظيم هـذه المعاملات • ومما يزيد من خطورة اعمال هـذه الفكرة عدم توقع أطراف العلاقات ذات الطابع الدولى لمثل هذه النتيجة • وذلك فى حين أن اعمال فكرة النظام العام فى المجال الداخلى لا يؤدى الى نتيجة غير متوقعة ، اذ أنها تتكفل بحماية القواعد الآمرة فى الدولة • ومن السهل على الأفراد أن يعرفوا مقدما النتيجة المترتبة على الاتفاق على ما يخالف هذه القواعد • لذلك فانه من الطبيعى أن يكون مجـال اعمال فكرة النظام العام فى القانون الدولى الخاص أضيق من مجـال اعمالها فى علاقات القانون الداخلى • وبعبارة أخرى فان كل ما يعتبر من النظام العام فى المجال الداخلى لا يعد حتما من النظام العام فى مجال العلاقات ذات الطابع الدولى ولا يؤدى دائما الى استبعـاد القانون الأجنبى الواجب التطبيق • وعلى العكس ، فان كل ما يعتبر من النظام العام فى العلاقات ذات الطابع الدولى يعد حتما من النظام العام فى المجال الداخلى ولا يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفه •

غير أنه بالرغم من الاختلاف بين كل من النظام العام الداخلى والنظام العام فى القانون الدولى الخاص من حيث مجال اعمال كل منهما ومن حيث النتيجة المترتبة على هـذا الأعمال ، فانه بامعان النظر يتضح لنا أن كلاهما يسعى فى حقيقة الأمر الى تحقيق هدف رئيسى واحد هو حماية النظام القانونى الوطنى وتدعيم قوانين الدولة الأساسية ، سواء عن طريق منع الأفراد من الاتفاق على ما يخالفها أم عن طريق استبعاد القوانين الأجنبية التى لا يتفق تطبيقها مع الأسس التى يقوم عليها النظام القانونى الوطنى •

وقد نص المشرع المصرى فى المادة ٢٨ من القانون المدنى على أنه « لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبى عينته النصوص السابقة اذا كانت هـذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب فى مصر » •

## المبحث الأول

## تطور دور النظام العام فى القانون الدولى الخاص

١١٢ — ان فكرة النظام العام فى القانون الدولى الخاص بالمفهوم السابق بيانه فكرة حديثة نسبيا • وان كان من الممكن استخلاصها ضمنا من فقه نظرية الأحوال فى القرن الثالث عشر ميلاديا حيث فرق الفقيه بارتول بين نوعين من الأحوال: الأحوال المفيدة أو الملائمة Statutum Favorabilum والأحوال البغيضة أو المستهجنة Statutum Odiosum . وقرر بارتول أن الأحوال المفيدة هى وحدهـا التى يمكنها الامتداد خـارج الاقليم ، أما الأحوال البغيضة فلا يمكن تطبيقها خارج الاقليم التى صدرت فيه • ويرى الفقه فى هـذه التفرقة نواة لفكرة النظام العام بالمعنى الحديث[1] • وذلك بوصفها وسيلة لمنع تطبيق القوانين الأجنبية المنافية للأسس التى يقوم عليها مجتمع الدولة •

ويرجع الفضل فى ابراز فكرة النظام العام بهـذا المفهوم الحديث للفقيه الألمانى Savigny كما سنوضح فيما بعد •

١١٣ — غير أن استعانة الفقه بفكرة النظام العام لم تقتصر على المفهوم السابق الذكر بل لقد لجأ اليها بعض الفقهاء وخاصة الفقيـه مانشينى Mancini فى القرن التاسع عشر ليتخذوا منهـا أساسـا لبناء قواعد الاسناد • اذ قرروا أن هناك مجموعة من قوانين الدولة يمكن وصفها بقوانين النظام العام واعتبروا هذه القوانين اقليميـة التطبيق Territoriale بمعنى أنها تسرى على كل ما يوجد باقليم الدولة ولا تمتد خارج هذا الاقليم • ومن أمثلة ذلك قوانين الملكية العقـارية وقوانين الأمن المدنى وكذلك القانون العام •

---

(١) وجدير بالذكر ان أول من استعمل اصطلاح النظام العام الدولى هو الفقيه الهولندى Huber وذلك فى القرن السابع عشر •

غير أنه يلاحظ أن أخذ هذا الفريق من الفقه بفكرة النظام العام كأساس لاقليمية القانون يقوم فى الواقع على نوع من الخلط وعدم الدقة فى تحديد معنى الاقليمية . فاستعمال فكرة النظام العام وفكرة الاقليمية كمترادفين انما نجم عن فهم فكرة الاقليمية على أنها تطبيق القاضى لقانونه على كل ما يطرح عليه من منازعات . غير أن المفهوم الحقيقى للاقليمية هو اخضاع كل ما يقع باقليم الدولة لقانون هذه الدولة سواء قامت محاكم هذه الدولة نفسها بتطبيق قانونها أم قامت بذلك محاكم دولة أجنبية . فقد يحدث مثلا أن يثور نزاع بشأن ملكية منقول أو بشأن حادث وقع فى اقليم دولة معينة ويطرح هذا النزاع على محاكم دولة غير الدولة الكائن بها المنقول أو التى وقع بها النزاع . فاذا قلنا بأنه يتعين على محاكم هذه الدولة الأخيرة تطبيق القانون الاقليمى فى هاتين الحالتين ، فان ذلك يعنى أن القاضى سيطبق قانون الدولة التى يوجد باقليمها المنقول أو التى وقع باقليمها الحادث . وبعبارة أخرى فان القانون الاقليمى فى مثل هذه الحالة ليس هو قانون القاضى .

وربما كان سبب الخلط بين فكرة الاقليمية وفكرة النظام العام واستعمالهما كفكرتين مترادفتين هو أن محاكم الدولة التى يوجد بها المال محل النزاع أو التى تنشأ فيها عناصر المسئولية التقصيرية تكون هى عادة صاحبة الاختصاص بنظر النزاع . غير أن ذلك لا يمنع القول من الناحية النظرية بأن القانون الاقليمى شىء وقانون القاضى شىء آخر . وفى ذلك ما يكفى لبيان عدم صلاحية فكرة النظام العام لبناء قواعد الاسناد . هذا فضلا عن أن هذه الفكرة من الغموض وعدم الثبات بحيث يكون من العسير اتخاذها أساسا لبناء قاعدة من قواعد الاسناد ، وهى قواعد يجب أن تتسم بالوضوح والدقة[1] .

---

(1) انظر فى ذلك محاضرات الاستاذ Deprez بقسم الدكتوراه بجامعة القاهرة :
Les tendances contemporaines en matière d'ordre public interne
وانظر كذلك :
Lagarde : Recherches sur l'Ordre public en Droit International privé. ص ٢٦

لذلك فان الفقه الحديث قد عدل بوجه عام عن الاستعانة بفكرة النظام العام كاحدى الأسس فى بناء قواعد الاسناد ، واستقر على استعمال النظام العام كوسيلة لحماية النظام القانونى الوطنى من القوانين الأجنبية الغير متجانسة مع الأسس التى يقوم عليها ؛ أى استعمال النظام العام كدفع لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبى(1) .

## المبحث الثانى

## شروط الدفع بالنظام العام

١١٤ — الواقع أنه لكى يتسنى للقاضى تطبيق قانون دولة غير دولته على المنازعات المطروحة أمامه لابد من توافر اشتراك حقيقى فى الخلفية الاجتماعية والفكرية ، Weltanchauung بين النظام القانونى فى دولة القاضى والنظام القانونى الاجنبى .

وأول من أبرز هذه الفكرة إلى حيز الوجود هو الفقيه سافينى حيث اعتبر أن العالم الغربى عالم يربطه تراث قانونى واحد هو القانون الرومانى وعقيدة دينية واحدة هى الديانة المسيحية ، ومن ثم يوجد بين دوله اشتراك قانونى يسمح بتطبيق كل دولة لقوانين الدول الأخرى .

---

(1) ويجدر ان نشير هنا الى ظهور اتجاه جديد فى الفقه الامريكى يرى أن تطبيق القاضى لقوانينه المتعلقة بالنظام العام ليس استثناء وخروجا على الأصل العام فى تنازع القوانين . فالأصل العام فى رأيهم هو تطبيق القاضى لقانونه الوطنى Lex Fori اذ ان هذا القانون انما وجد ليحكم كافة المنازعات التى تثور فى دولة القاضى . وتطبيق القاضى للقانون الأجنبى هو الذى يعد من قبيل الاستثناء ومن ثم يتعين الحد منه قدر المستطاع . ومن الجلى أن هذا الاتجاه الجديد لا يقتصر على جعل النظام العام أساسا من الأسس التى تبنى عليها قواعد الاسناد كما رأينا عند بعض الفقهاء السابقين كالفقيه مانشينى ومن يتبعه ، بل انه يجعل تطبيق القاضى لقوانين دولته على المنازعات ذات الطابع الدولى هو الأصل وتطبيقه لأى قانون أجنبى هو الاستثناء — انظر فى تفاصيل هذه النظرية الجديدة : Ehrenzweig; The lex fori (Basic Rule in the conflict of laws) منشور فى Michigan law Review سنة ١٩٦٠ صفحة ٦٣٧ وما بعدها

وعلى ذلك فاذا تخلف الاشتراك القانونى بين دولتين لم يعد فى الامكان تطبيق قوانين أى منهما لدى الأخرى[1] .

ومن العسير تحقق عـدم الاشتراك القانونى بشكل مطلق بين دولة وأخرى فى المجتمع الدولى الحديث ، وانما يمكن تحقق عدم الاشتراك فى مجال محدود ، أى بصدد طائفة معينة من العلاقـات ، كتلك المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية مثلا . وفى هذه الحالة يتعين عدم تطبيق قانون الدولة الأجنبية بالنسبة لهذه الطائفة من العلاقات فحسب .

١١٥ — وتتلخص الشروط الواجب توافرها لامكان اعمال فـكرة النظام العام فى شرطين أساسيين .

أما الشرط الأول فهو أن تؤدى قاعدة الاسناد الى تطبيق قانون أجنبى معين على النزاع . فالدفع بالنظام العـام لا يتصور اعماله اذا كان القانون الواجب التطبيق هو القانون الوطنى ، وذلك حتى فى حالة وجود تنازع قوانين داخلى ، اذ أن القوانين محل البحث تكون كلها صادرة من المشرع الوطنى . غير أنه يمكن أن نستثنى من ذلك حالة الدول الفيدرالية التى تشكل كل ولاية فيها وحدة تشريعية مستقلة تمام الاستقلال ومن ثم يمكن تصور وجود اختلاف فى الأسس التى يقوم عليهـا النظام القانونى فى كل وحدة من هذه الوحدات التشريعية مما يبرر اعمال فكرة النظام العام بمفهومها فى القانون الدولى الخاص[2] .

أما الشرط الثانى فهو توافر احدى مقتضيات النظام العام فى دولة القاضى التى تجعل تطبيق القانون الأجنبى غير مقبول .

---

(١) راجع : Healy : Theorie générale de l'ordre public
بمجموعة محاضرات اكاديمية القانون الدولى بلاهاى سـنة ١٩٢٥ الجزء الرابع صفحة ٤٧٢ .
وانظر كذلك
Maury : L'ordre public en Droit international privé français et allemand منشور فى : Revue critique سنة ١٩٥٤ ص ١٧ .

(٢) فلو فرضنا مثلا ان امريكيا من الجنس الابيض وامريكية سـوداء ينتميان الى ولاية تعتبر اختلاف اللون مانعا من موانع الزواج وارادا الزواج فى ولاية لا تعتقد بوجود مثل هذا المانع فان قاضى الولاية الثانيـة سيستبعد قانون الولاية الاولى باعتباره مخالفا للنظام العام .

١١٦ — غير أن فريقا من الفقه الحديث يرى أن توافر احدى مقتضيات النظام العام الوطنية ليس بالشرط الكافى لامكان اعمال الدفع بالنظام العام وبعبارة أخرى لا يكفى فى رأى هذا الفريق اصطدام الحل الذى يقضى به القانون الأجنبى بالأفكار الأساسية المتعارف عليها فى المجتمع الوطنى، اذ ان المطلوب ليس هــو البحث عن مدى ملاءمة الحــل الذى يقضى به القانون الأجنبى عند النظر اليه فى اطار المجتمع الوطنى لدولة القاضى، بل ان المطلوب هو معــرفة مــدى قبول المجتمــع الوطنى لهــذا الحل لو نظــر اليه فى اطــار المجتمع الأجنبى نفســه ، أى فى اطار النظــام القانونى الأجنبى المرتبط بالعلاقة [1] . ومن الأمثلة التى يضربونها على ذلك الدعوى التى يطلب فيها أحد الهنود تبنى شخص كأخ له فى فرنسا. وهم يرون أنه لا يجب على القاضى فى هذه الحالة النظر الى الأمر من وجهة النظر الفرنسية ليقرر ما اذا كانت فكرة تبنى الأخ فكرة مقبولة من المجتمع الفرنسى ، بل يتعين عليه أن يتساءل عما اذا كان تبنى هندى بالذات لأخ أمر غير مقبول من المجتمع الفرنسى ، وخاصة اذا أخذنا فى الاعتبار أن الأسرة الهندية لا تقوم الصلة فيها على رابطة الدم فى كثير من الأحيان ، بل كثيرا ما تقوم على رابطة التبنى . وفى مثل هذه الحالة يبدو من غير المستساغ القول بأن تطبيق القانون الهندى يتعارض مع النظام العام الفرنسى دون النظر الى الاطار الاجتماعى الذى سينعكس فيه تطبيق هذا القانون .

ويعترض بعض الفقه على هذه الفكرة نظرا لمــا تؤدى اليه من مشقة فى التطبيق . ذلك أن القاضى الوطنى لا يملك معيارا يقيس به مدى مخالفة القانون الأجنبى للنظام العام سوى المعيار المستمد من نظامه القانونى ، وذلك فى حين أن أنصار الرأى السالف الذكر يطلبون من القاضى عدم التقيد بالأفكار السائدة فى مجتمعه ، فهــم يريدون من القاضى أن يتعدى هذه الأفكار ليبحث مدى امكان تقبل المجتمع الوطنى للحل الذى يقضى به القــانون الأجنبى اذا نظر اليه فى اطــار النظام القانونى الأجنبى [2] .

١١٧ — ويتطلب الفقه والقضاء فى ألمــانيا توافر شرط آخر ليتسنى

---

(١) وقد قال بهذا الرأى الفقيه الفرنسى R. David انظر مؤلفه : Traité élémentaire de Droit Civil Comparé. ص ٥٧ .

(٢) انظر فى تفاصيل هذا النقد : Lagarde المرجع السابق ص ١٤٣ .

اعمال الدفع بالنظام العام[1] • فهم يرون أنه لا يجوز الاعتداد بتعارض القانون الأجنبى مع النظام العام الوطنى الا اذا كانت هناك صلة كافية بين هذا النزاع وبين دولة القاضى[2] • فاذا لم تتوافر هذه الصلة كان من غير المستساغ اعمال القاضى لفكرة النظام العام اذ أن النزاع لا يعنى دولة القاضى حينئذ فى شىء •

غير أن أنصار هذا الرأى لم يتمكنوا من تحديد المقصود بوجود رابطة بين النزاع وبين دولة القاضى : هل هى رابطة الجنسية أم رابطة الموطن أم رابطة موقع المال ؟ وقد انتهى بعضهم الى أنه اذا لم توجد آية رابطة من الروابط السالفة الذكر فان مجرد رفع النزاع الى محاكم الدولة يكفى لانشاء هذه الرابطة [3] •

ويستند الفقه الألمانى فى تبريره لهذه النظرية الى ذات الأساس المنطقى الذى يبنى عليه اختياره للقانون الواجب التطبيق على العلاقات ذات الطابع الدولى • اذ يقررون أنه ما دام أن اختيار قانون أجنبى لحكم نزاع معين يتم نتيجة لوجود صلة كافية تربط بين هذا النزاع وبين النظام القانونى الأجنبى فانه لا يستساغ سلب هذا القانون الأجنبى الاختصاص بحكم النزاع نتيجة لاعمال فكرة النظام العام الوطنية الا اذا توافرت كذلك صلة كافية بين النزاع وبين النظام القانونى لدولة القاضى[4] •

١١٨ — ويثور التساؤل حول ما اذا كان وجود قاعدة قانونية مشابهة فى قانون القاضى للقاعدة الموجودة بالقانون الأجنبى يحول دون اعتبار القانون الأجنبى مخالفا للنظام العام •

يمكن القول بصفة عامة أنه من العسير على القاضى القول بأن قانونا أجنبيا معينا يعد مخالفا للنظام العام الوطنى اذا كان قانون القاضى

---

(١) انظر حكم محكمة هامبورج الصادر فى ١٩٥١/٥/٨ . منشور فى مجلة Clunet سنة ١٩٥٤ ص ٩٧٢ .

(٢) ويطلق الفقهاء الألمان على هذه الصلة اصطلاح Inlandsbeziehung أى الارتباط باقليم دولة القاضى . انظر فى تفاصيل هذه النظرية : Raape, Internationales Privatrecht. صفحة ٦٣ وما بعدها .

(٣) انظر Lewald; Règles générales des conflits de lois صفحة ١٢٦ .

(٤) انظر Raape, Internationales Privatrecht صفحة ٦٣ .

نفسه يحتوى على نفس القاعدة • غير أنه قد يحدث أن يكون النص على القاعدة فى قانون القاضى يهدف الى عكس الغرض الذى يهدف اليه النص عليها فى القانون الأجنبى • ومثال ذلك القوانين التى تنص على قيود متعلقة بالنقد • فاذا كان قانون القاضى يتضمن قيودا متعلقة بالنقد فانه يهدف من وراء ذلك الى حماية اقتصاده الوطنى • واذا كان القانون الأجنبى يتضمن ذات القيود فانه بذلك يهدف بدوره الى حماية اقتصاد الدولة الأجنبية ضد الدول الأخرى ومنها دولة القاضى ، مما قد يترتب عليه الاضرار بمصالح دولة القاضى • لذلك فان وجود قاعدة من هذا النوع فى كل من القانونين قد لا يحول دون الاستناد الى فكرة النظام العام فى دولة القاضى[1] •

## المبحث الثالث

## مضمون فكرة النظام العام فى العلاقات ذات الطابع الدولى

**١١٩ — وبالرغم من حرص الفقه على حصر الحالات التى يمكن بصددها اعمال فكرة النظام العام فى مجال العلاقات ذات الطابع الدولى فان جميع المجهودات لم تنجح فى الوصول الى وضع اطار واضح لمضمون فكرة النظام العام[2] •**

ومن الطبيعى ألا يتسنى وضع اطار جامد لمضمون النظام العام اذ أن اعمال هذه الفكرة رهن فى الواقع بالعلاقة بين القانون الأجنبى والنظام القانونى الوطنى عند القيام بتطبيقه على نزاع معين بذات • ومن الممكن أن تتعدد تطبيقات فكرة النظام العام بتعدد المنازعات • ولا يمكن

---

(١) انظر فى تفاصيل هذا الموضوع مقال الاستاذ Seidl-Hohenveldern L'ordre public international et la fraude à la loi. Leur importance en Droit International public منشور فى Mélanges Maury الجزء الأول ص ٤٧٣ وما بعدها •

(٢) اوصى مجمع القانون الدولى فى دورته المنعقدة سنة ١٩١٠ بباريس بوجوب قيام كل مشرع بتحديد القواعد التى لا يسمح باحلال اى قانون اجنبى محلها حتى ولو قضت بذلك قواعد الاسناد •

أن نعرف مقدما ما اذا كان تطبيق القانون الأجنبى سيترتب عليه مساس بالنظام العام أم لا . هذا فضلا عن أن فكرة النظام العام هى انعكاس للرأى العام وللأفكار السائدة فى مجتمع دولة القاضى فى زمن معين . وهذه الأفكار قابلة للتطور والتغير باستمرار كما أنها ليست واحدة فى الدول المختلفة حتى يمكن وضعها فى قالب علمى واضح[1] .

**١٢٠** — وقد حاول الفقه بالرغم من ذلك وضع عـدة معايير يمكن بواسطتها تحديد ما اذا كان القانون الأجنبى يتعارض مع النظام العام فى قانون القاضى أم لا .

فيرى فريق من الفقه [2] أنه يجب كقاعدة عامة استبعاد القانون الأجنبى اذا كان يشتمل على نظم قانونية غير معروفة فى قانون القاضى. غير أن هذا الرأى يبدو متطرفا وقد يترتب على الأخذ به زيادة غير مقبولة للحالات التى يستبعد فيها تطبيق القانون الأجنبى الذى تشير بتطبيقه قواعد الاسناد . هذا فضلا عن أن مجرد تطبيق قانون غير معروف فى دولة القاضى لا يستتبع حتمـا المساس بالقيم الأساسية والمبادىء السائدة فى دولة القاضى .

ويرى فريق آخر وجوب اسـتبعاد تطبيق القانون الأجنبى بناء على فكرة النظام العـام اذا كان ينطوى على مساس بمبادىء العـدالة الدولية [3] أو اذا كان يصطدم بالمبادىء العامة المتعارف عليها فى جماعة الأمم المتحضرة [4] ، أو كان يصطدم بمبادىء القانون الطبيعى [5] .

---

(١) قارن Lagarde المرجع السابق فقرة ١٥١ .

(٢) انظر Niboyet : Traité الجزء الثالث رقم ١٠٢٢ مكرر .

(٣) Principes de Justice Universelles
انظر تعليق الأستاذ باتيفول فى Revue critique سنة ١٩٤٩ صفحة ٨٩ .
ومن الأمثلة على ذلك القوانين القـائمة على التفرقة بسـبب الجنس أو اللون .

(٤) Principes généraux des nations civilisées
ومن أمثلة ذلك ما حكمت به المحاكم الفرنسـية من التزام الزوج بالنفقة وبتأمين الحياة المـادية لأسرته باعتبار أن هذا التزام تفرضه المبادىء المتعارف عليها فى العالم المتمدين ( حكم محكمة السين فى ١٩٦٠/٢/٢ منشـور فى Revue critique سنة ١٩٦٠ ص ٣٧ .

(٥) Droit naturel
انظر فى ذلك مقال الأستاذ Goldschmidt :

ويضيف القائلون بهذه الفكرة الأخيرة أن من أهم الأسباب التى قد تؤدى الى اعتبار قانون ما مخالفا للنظام العام هو اهداره للحقوق الطبيعية للانسان [١] ومن الأمثلة التى يسوقوها فى هذا الصدد الحالة التى لا يسمح فيها القانون الأجنبى الواجب التطبيق لأم بالاعتراف بابنها غير الشرعى ، اذ يتعين حينئذ اعتبار القانون الأجنبى مخالفا للنظام العام لعدم اعترافه بحق من الحقوق الطبيعية للانسان ، وهى حقوق يجب احترامها دون حاجة الى النص عليها صراحة فى القوانين الوضعية ، فاذا كان القانون الأجنبى ينكر مثل هذه الحقوق تعين استبعاده واحلال القانون الوطنى محله لاقرار هذه الحقوق •

ويضف فريق من الفقه معيارا آخر لتحديد فكرة النظام العام • فيقررون أن القانون الأجنبى يعتبر مخالفا للنظام العام فى دولة القاضى اذا كان يتعارض مع السياسة التشريعية للدولة[٢] ، ولو كان هذا القانون الأجنبى فى ذاته لا ينطوى على أية مخالفة لمبادىء العدالة أو المبادىء العامة المتعارف عليها فى الأمم المتحضرة • فاذا كان القانون الأجنبى يتعارض مع احدى الأهداف الهامة التى يرمى تشريع دولة القاضى الى تحقيقها ، فان ذلك يخول القاضى استبعاد هذا القانون الأجنبى • ومن أمثلة ذلك دعوى الى القضاء الفرنسى بطلب الاعتراف بالأبوة ، واتضح القاضى أن القانون الفرنسى يشترط رفع هذه الدعوى خلال مهلة قصيرة بينما يسمح القانون الأجنبى برفعها خلال مدة أطول[٣] • وان كان طول المهلة المقررة فى القانون الأجنبى لا يشكل مخالفة لمبادىء العدالة أو القانون الطبيعى فانه قد ينطوى

---

= Système et philosophie du Droit international privé منشور فى Revue critique سنة ١٩٥٦ ص ٢٣٨ •
وانظر كذلك مقال الاستاذ Francescakis :
Droit naturel et droit international privé منشور فى Mélanges Maury الجزء الأول ص ١١٣ •

(١) Droits inhérents à la personne humaine
انظر فى ذلك مقال الاستاذ Lerebours-Pigeonnière :
La déclaration des droits de l'homme et le droit international privé français. منشور فى Etudes Ripert الجزء الأول صفحة ٢٥٥ •

(٢) «Politiques législatives» انظر فى ذلك Batiffol : Aspects philosophiques de international privé ص ١٥٩ •

(٣) حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر فى ٣٠ نوفمبر ١٩٣٨ منشور فى Sirey 1939. 1. 63

مع ذلك على مخالفة للسياسة التشريعية فى دولة القاضى ، اذ قد يهدف المشرع باشتراطه رفع مثل هذه الدعاوى خلال مهلة قصيرة الى حماية الأفراد من هذا النوع من الدعاوى لتهديدها الاستقرار العائلى . ومن ثم كان للقاضى الوطنى أن يستبعد مثل هذه القوانين تأسيسا على أنها تعوق تحقيق أحد أهداف السياسة التشريعية فى دولة القاضى .

١٢١ — وينوه فريق من الفقه الحديث بوجود اتجاه واضح فى القضاء نحو الوصول الى نظام دولى بالمعنى الحقيقى أى نحو نظام عام لا يمثل مصالح دولة معينة أو يحمى الأسس التى يقوم عليها مجتمع معين ، وانما يمثل المصالح العليا للمجتمع الدولى بأسره ويستجيب للأهداف السامية التى تسعى اليها الجماعة الدولية(١) .

وبذلك تصبح فكرة النظام العام غير مرتبطة بالنظام القانونى لدولة معينة بل متصلة بالنظام الدولى ككل ، بحيث تشكل جزءا من القواعد التى تحكمه(٢) . ومن الأمثلة التى يسوقونها للتدليل على صحة رأيهم ما قضت به المحاكم الفرنسية من اعتبار عقد بيع الأسلحة المبرم بقصد احداث انقلاب فى دولة أجنبية عقدا باطلا يتنافى مع المبادىء الدولية التى تقضى باحترام سيادة الدولة الأجنبية(٣) كذلك قضت هذه المحاكم بأن عمليات التهريب الموجهة ضد دولة أجنبية تتعارض مع الضمير القانونى للمجتمع الدولى ، ومن ثم تعتبر مخالفة للنظام العام الدولى(٤) .

ومن العسير فى رأينا ، فى ضوء هذه المعايير المتعددة والمرنة ، التوصل الى تحديد اطار واضح وجامع لفكرة النظام العام . فالمعايير السالفة

---

(١) انظر تعليق الاستاذ Louis-Lucas المنشور فى Revue critique ص ٢٧١ . Les aspirations collectives les plus élevées de l'homme

(٢) انظر فى ذلك Rolin, vers un ordre public réellement international منشور فى Hommage au président Basdevant صفحة ٤٤١ .

(٣) حكم محكمة السين الصادر فى ١٩٣٢/٨/٢ منشور فى مجلة Clunet سنة ١٩٣٣ ص ٧٣ .

(٤) حكم محكمة السين الصادر فى ١٩٥٦/١/٤ مشار اليه فى Revue critique سنة ١٩٦٦ ص ٢٧٢ .

الذكر تقتصر على بيان الأوجه المختلفة لفكرة النظام العام • وهذا يتفق مع طبيعة فكرة النظام العام ، لأنها فى حقيقتها فكرة وظيفية تهدف الى تحقيق غاية معينة هى حماية النظام القانونى الداخلى • ومن ثم كان من غير المجدى محاولة وضع هذه الفكرة فى اطار نظرى جامد •

## المبحث الرابع

## دور القاضى فى اعمال فكرة النظام العام

١٢٢ — ازاء عجز المشرعين والفقهاء عن التوصل الى تعريف واضح ومضمون محدد لفكرة النظام العام كان من الطبيعى أن يتمتع القاضى بسلطة تقديرية واسعة فى هذا المجال • غير ان تمتع القاضى بسلطةتقديرية فى هذا المجال لا يعنى امكان تحديده لما يعد من النظام العام فى ضوء نظرته الشخصية للأمور • فهو يفصل فى النزاع بوصفه ممثلا لمجتمع الدولة ومن ثم ينحصر دوره فى تمثيل الأفكار السائدة فى هذا المجتمع والبحث عن مدى اصطدامها بالقانون الأجنبى الذى تشير اليه قاعدة الاسناد •

ويتعين على القاضى عند قيامه بتحديد مدى اصطدام القانون الأجنبى الواجب التطبيق بالنظام العام فى دولته ألا يقتصر على الرجوع الى القانون الأجنبى بشكل مجرد لتحديد ما اذا كانت احدى أحكامه تتعارض مع مقتضيات النظام العام ، بل يجب عليه أن ينظر كذلك الى الأثر الذى قد يترتب من الناحية العملية على تطبيق حكم القانون الأجنبى على النزاع ليتبين ما اذا كان الحكم فى هذا النزاع وفقا للقانون الأجنبى ينطوى على مساس بالنظام العام ، حتى ولو كان القانون الأجنبى غير متعارض فى ذاته مع النظام العام فى دولة القاضى • وبعبارة أخرى يمكن القول بأن دور القاضى لا يقف عند حد التحقق من كون القانون الأجنبى يتنافى مع النظام العام أم لا من النحاية النظرية المجردة بل ان هذا الدور يمتد الى بحث النتيجة العملية التى تترتب

---

(١) انظر حكم محكمة النقض الفرنسى الصادر فى ١٩٦٧/٥/١٥ منشور فى Revue critique سنة ١٩٦٧ ص ٥٣٢ •

على تطبيق القانون الأجنبى فعلا على النزاع المطروح أمامه • فقد يحدث أن يكون القانون الأجنبى غير مخالف فى ذاته للنظام العام فى دولة القاضى ولكن يتضح أن تطبيقه على النزاع سيؤدى الى نتيجة تتعارض مع النظام العام • ومن الأمثلة الهامة على ذلك قضية شهيرة طرحت على المحاكم الفرنسية حديثا تعرف باسم قضية Potino واتضح فيها أن تطبيق القانونين الأجنبيين اللذين تشير اليهما قاعدة الاسناد الفرنسية ( وهما القانون الأسبانى والقانون البوليفى ) سيؤديان الى نتيجة تتعارض مع النظام العام فى فرنسا ، اذ سيترتب على تطبيقهما على النزاع عدم امكان حل رابطة الزوجية على الاطلاق ، سواء بالطلاق أو بالانفصال الجسمانى • وهــذه النتيجة تتعارض مع مقتضيات النظام العام الفرنسى ، اذ أن امكان انهاء رابطة الزوجية يعتبر من المبادىء الأساسية فى فرنسا • وهــذه النتيجة المخالفة للنظام العام انما نجمت عن تطبيق قانونين لا يعتبران فى ذاتهما مخالفين للنظام العام فى فرنسا، فالقانون الأسبانى يسمح بانهاء رابطة الزوجية بالانفصال الجسمانى فقط ولا يسمح بالطلاق ، والقانون البوليفى يسمح بدوره بانهاء رابطة الزوجية عن طريق الطلاق فقط ولا يسمح بالانفصال الجســمانى • فبالرغم من عدم تعارض أى من القانونين مع النظام العام الفرنسى فان تطبيقهما معــا على النزاع من شأنه أن يؤدى الى نتيجة مخالفة للنظام العام الفرنسى وهى عدم امكان وضع حد لرابطة الزوجية سواء عن طريق الطلاق أو الانفصال الجسمانى •

١٢٣ — غير أن دور القاضى لا يجب أن يقتصر على التحقق من تعارض أحكام القانون الأجنبى مع المبادىء التى تعد أساسية لحياة المجتمع الداخلى فى دولته ، بل يجب أن يتحقق القاضى من أن هــذه المبادىء ستظل محتفظة باهميتها لو انتقلنا بها من مجال العلاقات الداخلية الى مجال المعاملات الدولية ، وذلك نظرا لاختلاف مقتضيات المعامــلات الدولية عن مقتضيات المعاملات الوطنية البحتة •

ومن أهم الأمثلة على ذلك ما ذهب اليه القضاء بالنسبة للشرط المعروف بشرط الذهب[1] الذى قد يلجأ الأفراد الى النص عليه فى عقودهم لتلافى انهيار العملة الوطنية • ومن المعلوم أن قضاء الكثير من الدول

(١) Clause—Or

وتشريعاتها يحرم النص على مثل هـذا الشرط فى العقود الوطنية ، ويعتبره مخالفا للنظام العام نظرا لما يؤدى اليه من اضعاف الثقة بالعملة الوطنية • وقد ثار التساؤل أمام القضـاء الفرنسى حول ما اذا كان الشرط المذكور يعتبر مخالفا للنظام العام فى مجال العقود الدولية • وقد رأى القضاء الفرنسى أنه من العسير التسوية بين العقود الوطنية البحتة والعقود ذات الطابع الدولى نظرا لاختلاف الاعتبارات المهيمنة على كل من النوعين • وقدر أن المعاملات الدولية لا يمكن لها الاستمرار الا اذا توافرت لها ضمانات معينة كشرط الدفع بالذهب • كما قدر القضاء أنه اذا كان اشتراط الدفع بالذهب فى مجال المعاملات الداخلية يتضمن وجود نفس الشرط فى المعاملات الدولية لا ينطوى على نفس الخطورة • ومن ثم لم يعتبر القضاء الفرنسى وجود مثل هـذا الشرط فى عقود الاستيراد والتصدير أو فى القروض الدولية مخالفا للنظام العام[1] •

ومن ثم يتضح لنا وجوب عدم تقيد القاضى الوطنى عند اعمـاله لفكرة النظام العام فى مجال القانون الدولى الخاص بنفس الاعتبارات التى يلتزم بها عند تحديده لما يعتبر من النظام العام فى المجال الداخلى • ويعتبر تحديد القاضى لفكرة النظام العام من المسائل المتعلقة بالقانون[2] ومن ثم فانها تخضع لرقابة محكمة النقض • ذلك أنها شرط لازم لاعمال قاعدة الاسناد وجزء لا يتجزأ من هـذه القاعدة كما سبق لنا البيان •

١٢٤ ـــ ولما كانت فكرة النظام العام تتغير من حيث الزمـان نظرا لارتباطها بالأفكار السائدة فى وقت معين بمجتمع الدولة فان التساؤل يثور حول تحديد اللحظة التى يجب أن يحدد القاضى مفهوم النظام العام بالرجوع اليها : هل يتعين على القاضى الرجوع الى وقت نشوء العلاقة ليتبين مدى تعارضها مع النظام العام أم هل يتعين عليه التقيد بالمفهوم السائد للنظام العام وقت طرح النزاع عليه ؟

يتجه الفقه والقضاء بصفة عامة الى وجوب تقيد القاضى بمفهوم النظام العام السائد فى دولته وقت رفع النزاع اليه ، فاذا ثبت له تعارض

---

(١) انظر فى تفاصيل ذلك : Lagarde المرجع السابق فقرة ١٢٥ •

(٢) انظر Dölle; Der ordre public in internationalen privatrecht صفحة ١٠٦ •

القانون الأجنبى مع هـذا المفهوم كان عليه استبعاد هـذا القانون الأجنبى ، حتى ولو لم يكن هـذا القانون متعارضا مع النظام العام وقت نشوء العلاقة موضوع النزاع [1] .

وننوه أخيرا بوجوب مراعـاة القضاء لمنتهى الحذر عند اسـتعانته بفكرة النظام العام فى مجال العلاقات ذات الطابع الدولى نظرا لمرونتها ولما قد يترتب على اعمالها من تعطيل لقواعد الاسناد وبالتالى تعطيل للمجرى الطبيعى للمعاملات الدولية[2] .

## المبحث الخامس

## أثر الدفع بالنظام العام

### ١ ـ الأثر السلبى : استبعاد القانون الأجنبى :

**١٢٥ ـ** يترتب على اعمال الدفع بالنظام العام أثر هام هو استبعاد أحكام القانون الأجنبى المتعارضة مع النظام العام فى دولة القاضى . فالهدف الرئيسى لاعمال الدفع بالنظام العام هو عدم السـماح لقواعد القانون الأجنبى بالاندماج فى النظام القانونى الوطنى نظرا للتنافر القائم بينها وبين أسس هذا النظام القانونى .

غير أن السؤال يثور عن مدى استبعاد القانون الأجنبى : هل نستبعد

---

(١) قارن مع ذلك Maury : L'ordre public en Droit international privé منشور فى Revue critique سنة ١٩٥٤ ص ١٤ .

(٢) وقد وصف أحـد الفقهاء فكرة النظام العـام بأنها الفكرة التى يلجأ اليها القاضى عندما يعجز عن الاهتداء الى حجة منطقية يبرر بها عدم تطبيقه للقانون الأجنبى .

انظر فى ذلك «Servant en cas d'embarras à tenir lieu de raison» Francescakis : Répertoire de Droit international (Encyclopédie Dalloz) Vo ordre public فقرة ٢٧ .

كذلك عبر أحد الفقهاء الالمـان عن هذه الفكرة بأنها اطار من المطاط ، انظر : Wurzel : Das Juristische Denken صفحة ٤٨ .

القانون الأجنبى برمته أم نقتصر على استبعاد الجزء المتعارض فعلا مع النظام العام الوطنى فى هـذا القانون ؟

يقرر فريق من الفقه وجوب استبعاد القانون الأجنبى برمته اذا ما تعارض أى حكم من أحكامه مع النظام العام الوطنى • اذ يرون أن استبعاد جزء فقط من القانون الأجنبى وتطبيق أجزائه الأخرى الغير متعارضة مع النظام العام يؤدى الى مسخ القانون الأجنبى وتطبيقه بشكل يخالف ارادة المشرع الذى وضعه • بل ان هـذا التطبيق ينطوى على مخالفة لقاعدة الاسناد فى دولة القاضى اذ هى تهدف الى تطبيق القانون الأجنبى كاملا ولا تقصد بعض أحكامه دون البعض الآخر[1] •

غير أن غالبية الفقه ترى وجوب استبعاد الجزء المخالف للنظام العام فى القانون الأجنبى دون بقية الأجزاء ، بحيث يستطيع القاضى أن يقتصر على تطبيق أحكام القانون الأجنبى التى لا تتعارض مع النظام العام الوطنى • وهـذا الحل أكثر اتفاقا فى الواقع مع مفهوم الدفع بالنظام العام والغرض من أعماله • ذلك أن اعمال الدفع بالنظام العام لا يهدف كما رأينا الى اصدار حكم على القانون الأجنبى فى ذاته وانما يهدف الى منع النتيجة المنافية للنظام العام التى يؤدى اليها تطبيق بعض أحكام القانون الأجنبى • فاذا أمكن تلافى هـذه النتيجة باستبعاد جزء من القانون الأجنبى فقط ، فليس ثمة داع لعـدم تطبيق أحـكام القانون الأخنبى الأخرى التى لا تتعارض مع النظام العام • وليس فى هـذا الحل مساس بقاعدة الاسناد الوطنية كما أنه ليس فيه تجاهل للمشرع الأجنبى ، اذ أن هـذا الحل يهدف الى الاحتفـاظ للقانون الأجنبى ولقاعدة الاسـناد التى قررت تطبيقه بأكبر قسط من الفاعلية • وذلك فى حين أن الرأى الأول يؤدى فى الواقع الى اهدار قاعدة الاسناد الوطنية اذ أنه يستبعد القانون الواجب التطبيق برمته • ومن الأمثلة على ذلك الحالة التى يقضى فيها القانون الأجنبى بالموت المدنى بالنسبة لأشخاص معينين • فان مثل هذا القانون يعد مخالفا للنظام العام فى الدول الأخرى ومن ثم يتعين استبعاد القاعدة القاضية بالموت المدنى •

---

(١) انظر Niboyet, Traité de Droit international privé الجزء الثالث صفحة ٥٢٢ وانظر كذلك : Lerebours-Pigeonnière et Loussouarn المرجع السابق فقرة ٣٧٢ •

غير أن السؤال يثور حينئذ عن كيفية تحديد أهلية هذا الشخص الذى رفضنا تطبيق فكرة الموت المدنى بشأنه ٠

يرى القضاء والفقه الفرنسى وجوب الرجوع حينئذ للقانون الأجنبى نفسه بعد استبعاد الجزء المخالف للنظام العام فيه لتحديد الأهليـــة وتنظيمها بالنسبة لهذا الشخص ٠

ومع ذلك فهناك حالة قد يضطر فيها القاضى الوطنى الى اســـتبعاد القانون الأجنبى بأكمله وعدم الاقتصار على استبعاد الجزء المخـــالف للنظام العام ، وهى الحالة التى يترتب فيها على استبعاد الجزء المخالف للنظام العام من القانون الأجنبى أن يفقد هذا القانون سبب وجوده أصلا ٠ وبعبارة أخرى فانه اذا تبين أن بقية أجزاء القانون الأجنبى مرتبطة بالجزء المخالف للنظام العام ارتباط السبب بالنتيجة ، أى اذا كان الجزء المخالف للنظام العام يمثل السبب الرئيسى لوجود هذا القانون[1] ، فان استبعاد هذا الجزء يستلزم استبعاد بقية أجـزاء القانون الأجنبى المرتبطة به ٠

ويمكن تشبيه هذه الحالة بالعقد الذى يتضمن شرطا غير مشروع ٠ فاذا كان الشرط غير المشروع يمثل الباعث الحافز للعقد بحيث لا يمكن أن تقوم للعقد قائمة بدونه تعين ابطال العقد بأسره ٠

### ٢ ــ الأثر الايجابى : حلول قانون القاضى محل القانون المستبعد :

١٢٦ ــ يرى فريق من الفقه أنه قد يكفى أحيانا اعمال الأثر السلبى ، أى استبعاد القانون الأجنبى ، دون حاجة لاعمال قانون آخر ٠ ومثال ذلك الحالة التى يسمح فيها القانون الأجنبى بنشوء علاقة لا يســـمح بنشوئها القانون الوطنى ، كالزواج بين مسلمة وغير مسلم ٠ ففى هذه الحالة يقتصر دور النظام العام على استبعاد القانون الأجنبى الذى يجيز الزواج ٠ وليس ثمة حاجة لتطبيق قانون آخر لأن الغـــاية

---

(١) Cause impulsive et déterminante انظر Lagarde المرجع السابق صفحة ٢١٧ ٠

المقصودة وهى عدم السماح بالزواج قد تحققت باستبعاد القانون الأجنبى [1] .

غير أن هذه النظرة تتسم فى الواقع بشىء من السطحية اذ أن استبعاد القانون الأجنبى الواجب التطبيق على العلاقة يؤدى فى جميع الحالات الى خلق فراغ قانونى مما يستلزم البحث عن قاعدة قانونية أخرى لحكم العلاقة . ففى المثل الذى ذكرناه يتعين بعد استبعاد القانون الأجنبى الذى يجيز الزواج احلال قانون القاضى محله ، وهذا القانون هو الذى يقرر منع قيام مثل هذا الزواج . فقانون القاضى قد تدخل فعلا لحكم العلاقة ، وان كان تدخله قد تم بشكل ضمنى اذ أنه تدخل لمنع نشوء علاقة .

وقد يتدخل قانون القاضى بشكل صريح وذلك اذا ما ترتب على تطبيقه انشاء علاقة لا يسمح بها القانون الأجنبى المستبعد . فاذا كان القانون الأجنبى يحرم مثلا الزواج بسبب اختلاف الجنس بينما قانون القاضى يبيحه ، فانه يتعين فى هذه الحالة استبعاد القانون الأجنبى الذى يمنع نشوء العلاقة وتطبيق قانون القاضى الذى يسمح بنشوء العلاقة .

١٢٧ — غير أن الفقه الألمانى يرى عدم وجوب احلال قانون القاضى محل أحكام القانون الأجنبى التى تم استبعادها ، بل يتعين فى رأيهم البحث فى القانون الأجنبى نفسه عن قاعدة أخرى تحل محل القاعدة المستبعدة من نفس القانون . ذلك أن قاعدة الاسناد الوطنية تقضى بتطبيق القانون الأجنبى ، وقد يترتب على اعمال فكرة النظام العام استبعاد الأجزاء المخالفة للنظام العام فى هذا القانون ، ولكن هذا ليس معناه تطبيق قانون القاضى ، اذ أن النظام العام بمثابة الاستثناء بالنسبة لقاعدة الأسناد من ثم يجب أن يتم تفسيره فى أضيق الحدود .

---

(١) انظر Bartin, Principes de droit international privé الجزء الأول صفحة ٢٣٩ .

وانظر كذلك Lerebours — Pigeonnière et Loussouarn المرجع السابق فقرة ٣٧٢ .

ويجب ألا نستنتج أن استبعاد بعض قواعد القانون الأجنبى يعنى الرجوع الى قواعد قانون القاضى ، بل يجب أن نسعى الى تكملة النقص بالاستعانة باحكام القانون الأجنبى الواجب التطبيق أصلا .

ومن أحكام المحاكم الألمانية الشهيرة فى هذا الصدد حكم أصدرته محكمة الرايخ الألمانى فى ١٩ ديسمبر سنة ١٩٢٢ فى قضية تتعلق بدين خاضع للقانون السويسرى وكان القاضى السويسرى يقضى بعدم تقادم الدين . ولما كان القاضى الألمانى لا يقر مبدأ عدم تقادم الدين ويعتبره مخالفا للنظام العام الألمانى ، فقد اضطرت المحكمة الى استبعاد قاعدة القانون السويسرى التى تقضى بعدم التقادم ولكن لم تحل محلها قاعدة التقادم المنصوص عليها فى قانون القاضى الألمانى ، وانما احلت محلها قاعدة القانون السويسرى الخاصة بالتقادم،وأخذت بأطولمدةيأخذ بها القانون السويسرى فى التقادم[1] .

ويرى الفقه الألمانى أن احلال قانون القاضى محل القانون الأجنبى المخالف للنظام العام يجب ألا يتم الا اذا لم توجد فى القانون الأجنبى نفسه قاعدة أخرى يمكن احلالها محل القاعدة المستبعدة . [2]

ويستند الفقهاء الألمان فى تبرير نظريتهم الى حجة لها وزنها ، فهم يرون أن احلال قانون القاضى محل القانون الأجنبى من شأنه جعل تحديد القانون الواجب التطبيق رهن بالمحكمة التى قد يطرح عليها النزاع وهو أمر خاضع للصدفة . كما ينوهون بأن مقتضيات النظام العام لا تتطلب أكثر من استبعاد حكم القانون الأجنبى المخالف له . فهى لا تستلزم تطبيق قانون القاضى بالذات . ومن ثم فانه ليس هناك ما يبرر اهدار قاعدة الاسناد ، بل يجب الاستمرار فى تطبيق القانون الأجنبى الذى تقضى بتطبيقه قاعدة الاسناد مستعينين باحدى قواعده الأخرى لتحل محل القاعدة المستبعدة .

١٢٨ — وقد نادى فريق آخر من الفقهاء بحل مستحدث يتلافى به عيوب اللجوء الى قانون القاضى واحلاله محل القانون الأجنبى

---

(١) منشور فى Revue de droit international privé. سنة ١٩٢٦ ص ٢٧٨ .

(٢) انظر Wolff : Das internationale Privatrecht Deutschlands. صفحة ٦٩ وانظر كذلك Raape : International Privatrecht صفحة ٦٧

وانظر فى نقد هذا الرأى مقال الاستاذ Maury [illegible] السالف [illegible] صفحة ٢٤ .

المستبعد • ويرى هذا الفريق من الفقه أن احلال قانون القاضى محل القانون الأجنبى المستبعد قد يخل بتوقعات الأفراد ويضر بالذات بالطرف الضعيف فى العلاقات القانونية باخضاعه لقانون لم يكن يتوقعه• لذلك يرى أصحاب هذا الرأى وجوب البحث عن أصلح القوانين بالنسبة للطرف الضعيف فى العلاقة واحلال هذا القانون محل القانون الأجنبى المستبعد • [1] —

غير أنه يؤخذ على هذا الرأى أنه ينطوى على مصادرة على المطلوب ، اذ أن تحديد الطرف الضعيف الواجب حمايته متوقف فى الواقع على ما تقضى به القاعدة القانونية التى ستحكم العلاقة • ولا يمكن معرفته طالما لم نهتد الى القانون الواجب التطبيق •

**١٢٩ — ويبدو لنا أن احلال قانون القاضى محل القانون الأجنبى الذى تم استبعاده هو أسلم الحلول • وهو الحل المأخوذ به فى العديد من النظم القانونية ، كالنظام القانونى الفرنسى والنظام القانونى الايطالى والنظام القانونى المصرى [2] •**

غير أنه يمكن تصور حالة قد يحل فيها قانون آخر غير قانون القاضى محل القانون الأجنبى المستبعد ، وهى الحالة التى نقبل فيها الأخذ بالاحالة المطلقة أو الاحالة من الدرجة الثانية ، وتتعارض فيها أحكام القانون الأجنبى الذى أحالت اليه قاعدة الاسناد الأجنبية مع أحكام القانون الأجنبى الذى أشارت بتطبيقه قاعدة الاسناد الوطنية • ففى هذه الحالة لا يقوم القاضى بتطبيق الأحكام الموضوعية فى قانونه وانما يتعين عليه تطبيق أحكام القانون الأجنبى الذى أشارت بتطبيقه قاعدة الاسناد الوطنية[3] •

١٣٠ — وقد يحدث أحيانا ألا يتسنى احلال قانون القاضى محل القانون الأجنبى المستبعد نظرا لعدم وجود أحكام قانونية صالحة

---

(١) انظر : Knapp : La notion de l'ordre public dans les conflits de lois صفحة ١٢٥ وما بعدها .

(٢) انظر فى عكس هذا الرأى Gannagé : Le rôle de l'équité dans les conflits de lois فقرة ٣٣٧ .

(٣) انظر : Maury : L'éviction de la loi normalement compétente صفحة ١٢٧ .

لحكم العلاقة فى قانون القاضى • وقد ثارت هذه المشكلة أمام القضاء المغربى بشأن منازعات متعلقة بالأحوال الشخصية للأجانب • وقد استعان القاضى الوطنى فى هذه الحالة بمبادىء القانون الطبيعى لتطبيقها بدلا من القانون الأجنبى الذى تم استبعاده[1] •

### ٣ ــ الأثر المخفف للنظام العام

١٣١ ــ استقر الفقه والقضاء فى مختلف الدول على التفرقة بين الحالة التى يراد فيها انشاء مركز قانونى فى دولة القاضى والحالة التى يراد فيها مجرد الاحتجاج أو ترتيب آثار معينة على مركز قانونى تم نشوءه فى الخارج • ويرون أن أثر النظام العام يختلف بالنسبة لكل حالة من الحالتين •

فبالنسبة للمراكز القانونية التى تم نشوءها بالخارج لا يكون للنظام العام نفس الأثر الذى يكون له بصدد مركز قانونى يراد انشاؤه فى دولة القاضى نفسها ، ذلك أن الشعور العام فى دولة القاضى لا يتأثر ازاء مركز أو علاقة تم نشوءها فى الخارج بنفس القدر الذى يتأثر به اذا ما أريد انشاء نفس العلاقة داخل أقليم دولة القاضى • فمن غير المستساغ مثلا أن يسمح القاضى الفرنسى للأجنبى بنشاء علاقة لا يبيحها القانون الفرنسى ، كالزواج بأكثر من زوجة داخل الأقليم الفرنسى ، نظرا لما يؤدى اليه ذلك من مساس واضح بالأسس التى يقوم عليها نظام الأسرة فى فرنسا ، فى حين أنه اذا قام الأجنبى بابرام نفس الزواج خارج الأقليم الفرنسى فان مجرد امتداد آثار العلاقة الى فرنسا لن يخدش الشعور العام بنفس الدرجة[2] والأمثلة على الأثر المخفف لاعمال فكرة النظام العام عديدة • فقد جرى القضاء فى كثير من الدول على السماح لمراكز قانونية تم نشوءها بالخارج كانهاء رابطة الزوجية بالتطليق مثلا بانتاج آثارها داخل اقليم دولة القاضى رغم أنها كانت ستصطدم بالنظام العام لو أريد انشاؤها فى

---

(١) انظر فى تفاصيل ذلك Lagarde : Recherches sur l'ordre public. صفحة ٢٠١ وما بعدها .

(٢) وقد اقرت محكمة النقض الفرنسية هذه التفرقة فى حكم حديث لها فى قضية شهيرة هى قضية Rivière انظر حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر فى ١٩٥٣/٤/١٧ منشور فى سنة ١٩٥٣ صفحة ٤١٣ .

دولة القاضي ، اما لأن النظام القانوني في دولة القاضي لا يسمح بانهاء رابطة الزوجية بالتطليق على الاطلاق كما كان الحال في ايطاليا ، أو لأن المشرع الوطني لا يجيز الحكم بالتطليق الا لأسباب حددها على سبيل الحصر ولم يكن التطليق الذى تم بالخارج مبنيا على أى منها [1] . كذلك استقر القضاء الفرنسى على اعتبار الشركة التى تؤسس فى الخارج من شخص واحد صحيحه فى فرنسا عندما كان المشرع الفرنسى لا يسمح بانشاء هذه الشركة فى فرنسا لمخالفتها للنظام العام [2] .

ويلاحظ أن فكرة الأثر المخفف للنظام العام لا تعنى عدم اعمال الدفع بالنظام العام على الاطلاق بالنسبة للمراكز القانونية التى تم نشوءها فى الخارج أو الحقوق التى تم اكتسابها فى الخارج . بل هى تعنى فقط عدم اعمال هذا الدفع بالنسبة لهذه الفئة بنفس الدرجة التى يتم بها اعماله ازاء المراكز القانونية التى يراد انشاؤها داخل دولة القاضى . وبعبارة أخرى فان القاضى الوطنى لا يعمل الدفع بالنظام العام بالنسبة للمراكز القانونية التى تم نشوءها بالخارج بالنظر الى المركز القانونى نفسه ومدى اتفاقه مع أسس النظام القانونى الوطنى . اذ أن المركز القانونى الذى تم نشوءه فى الخارج لا صلة له بالنظام القانونى الوطنى حتى يتعين البحث عن مدى اصطدامه بالنظام العام فى دولة القاضى ، بل أن آثار هذا المركز هى وحدها التى تمتد الى دولة القاضى . وطالما كانت هذه الآثار فى ذاتها غير متنافية مع مقتضيات النظام العام الوطنى فليس ثمة مبرر لاعمال الدفع بالنظام العام بشأنها . أما اذا تبين أن هذه الآثار ذاتها تتنافى مع النظام العام الوطنية فيتعين حينئذ اعمال الدفع بشأنها [3] .

---

(١) انظر فى تفاصيل ذلك مؤلفنا
La valeur internationale des jugements en droit comparé.

(٢) انظر محاضرات الاستاذ Deprez بقسم الدكتوراه بكلية حقوق القاهرة ( سنة ١٩٦٧ ) صفحة ٩٧وما بعدها .

(٣) ومن الأمثلة على ذلك رفض القضاء فى كثير من الدول الراسمالية الاعتراف بآثار التأميم الذى تم فى الخارج دون دفع تعويض استنادا الى ان هذه الآثار تتنافى مع المبادىء الاساسية فى دولة القاضى والتى تقوم على احترام مبدأ الملكية الفردية . انظر فى تفاصيل ذلك محاضراتنا باكاديمية القانون الدولى بلاهاى :
L'entreprise publique en droit international privé
منشور بمجموعة محاضرات الأكاديمية سنة ١٩٦٣ ( الجزء الأول ) .

١٣٢ ــ والواقع أن الأثر المخفف للنظام العام ــ أى عدم اعمال الدفع ازاء المراكز القانونية والحقوق التى تنشأ فى الخارج بنفس الدرجة التى يتم بها اعماله ازاء المراكز والحقوق التى يراد انشاؤها داخل دولة القاضى ــ أمر يقتضيه اضطراد المعاملات الدولية • فاعمال فكرة النظام العام لتعطيل آثار المراكز والحقوق التى تتم خارج دولة القاضى من شأنه الحد من العلاقات القانونية التى تمتد عبر حدود الدول بشكل قد يهدد حياة المجتمع الدولى للأفراد ويصيب التجارة الدولية بأبلغ الأضرار نظرا لحرمانها مما تحتاج اليه من تأمين لحقوق الدائنين فى المجال الدولى •

### ٤ ــ عدم امتداد آثار النظام العام خارج دولة القاضى

**١٣٣ ــ ولما كان الدفع بالنظام العام تعبير عن مصالح المجتمع الوطنى العليا وصمام أمن يلجأ اليه القاضى الوطنى ليحمى نظامه القانونى من القوانين الأجنبية التى تتعارض مع الأسس التى يقوم عليها نظامه القانونى فانه من المنطق الا يترتب على فكرة النظام العام أى أثر خارج حدود دولة القاضى • بعبارة أخرى لا يجوز امتداد آثار فكرة النظام العام فى دولة أجنبية الى دولة القاضى •**

فلو فرضنا أن شخصين يريدان انشاء علاقة كالزواج مثلا فى دولة معينة ، وكان قانونهما الشخصى الواجب التطبيق لا يسمح بانشاء هذه العلاقة لقيام مانع مثل اختلاف اللون[1] وذلك فى حين أن قانون هذه الدولة يعتبر هذا المانع مخالفا للنظام العام ويجيز انشاء العلاقة• فاذا تم الزواج اعمالا لفكرة النظام العام فى هذه الدولة فانه من المسلم به عدم امكان ترتيب أى أثر لهذا الزواج لدى أية دولة يعتبر

---

(١) كما هو الحال فى بعض الولايات الامريكية مثلا . وقد أتى الفقيه Batiffol بمثال آخر لتوضيح هذه الحالة ، وهو ابرام زواج فى بلجيكا بين بولنديين بالرغم من أن قانونهما الشخصى لا يسمح بهذا الزواج لقيام مانع اختلاف الدين وهو مانع يستبعده القانون البلجيكى لمخالفته للنظام العام ويتساءل الفقيه المذكور عن مدى امكان الاعتراف بهذا الزواج فى فرنسا وهى تتفق مع بلجيكا من حيث اعتبار الموانع الدينية للزواج مخالفة للنظام العام . انظر مؤلفه Traité ( الطبعة الرابعة ) ص ٤١٧ •

فيها اختلاف اللون مانعا من موانع الزواج • اذ أن الزواج الذى يتم وفقا لفكرة النظام العام فى الدولة الأولى سيصطدم بفكرة النظام العام فى الدولة الثانية • ولكن هل يجوز الاحتجاج بهذا الزواج فى دولة ثالثة تعتبر بدورها المانع المستمد من اختلاف اللون مخالفا للنظام العام ؟

يرفض فريق من الفقه ترتيب أى أثر على مثل هذه العلاقة التى نشأت فى دولة أجنبية تطبيقا لفكرة النظام العام فيها بالرغم من اتحاد مفهوم هذه الفكرة بين هذه الدولة ودولة القاضى ، وذلك استنادا الى مبدأ وطنية النظام العام ، ومقتضاه أن قانون الدولة الذى يطبق على علاقة ما اعمالا لمقتضيات النظام العام لا يجب أن يتعدى آثاره هذه الدولة[1] •

غير أن هذه النتيجة تبدو مجافية لمنطق الأشياء • ذلك أن اتفاق مفهوم النظام العام فى كل من دولة القاضى والدولة الأجنبية سيترتب عليه وصول قاضى الدولة الى نفس النتيجة لو كان النزاع قد طرح عليه ابتداءا • فلو رجعنا للمثل الذى ضربناه لوجدنا أن الزواج الذى تم فى دولة ما اعمالا لفكرة النظام العام التى تستبعد مانع اختلاف اللون كان سيتم حتما كذلك فى دولة القاضى طالما كان النظام العام فى هذه الأخيرة يقضى بدوره باستبعاد ذات المانع • ومن ثم فانه من غير المستساغ رفض الحل الذى توصلت اليه الدولة الأجنبية لمجرد أن هذا الحل قد تم التوصل اليه أخذا بمقتضيات النظام العام فيها اذا كانت هذه المقتضيات تتفق مع مقتضيات النظام العام فى دولة القاضى • لذلك يرى فريق من الفقه الحديث[2] وجوب اقرار العلاقة التى نشأت فى الدولة الأجنبية اعمالا لما أسموه بفكرة الأثر الانعكاسى Effet réflexe للنظام العام الأجنبى • اذ أن النظام العام الأجنبى ، لم يكن فى حقيقة الأمر سوى أداة للتعبير عن مضمون

---

(1) انظر فى ذلك Bartin, Principes de droit international privé الجزء الأول فقرة ٩٥ ، وانظر كذلك Lerebours — Pigeonniere et Loussouarn المرجع السابق فقرة ٣٨٨ و ٣٨٩ •

(2) انظر فى ذلك Batiffol المرجع السابق . وانظر كذلك Niboyet, traité ( الجزء الثالث ) رقم ١٤٠٨ •

النظام العام الوطنى ذاته • ومن ثم فان انشاء العلاقة وفقا له كان بمثابة أعمال للنظام العام فى دولة القاضى [1] •

وهذا الحل الأخير وان كان يتعارض فى ظاهره مع مبدأ وطنية النظام العام الا أنه لا يخل بجوهر المبدأ ذاته • والقول بغير ذلك من شأنه الأضرار بالمعاملات الدولية دون مبرر ، اذ سيترتب على الأخذ به ابطال العلاقات ذات الطابع الدولى التى نشأت فى الخارج بالرغم من أن نشوءها جاء متفقا مع الأفكار القانونية فى دولة القاضى ذاتها •

## المبحث السادس

## أثر الاتفاقيات الدولية فى اعمال فكرة النظام العام

**١٣٤ — اذا كانت قاعدة الاسناد المطلوب من القاضى تطبيقها قد تقررت بمقتضى اتفاقية دولية[2] فان السؤال يثور عما اذا كان القاضى الوطنى يملك استنادا الى فكرة النظام العام فى دولته استبعاد القانون الأجنبى الذى تشير اليه القاعدة التى تضمنتها المعاهدة • وقد أثار هذا السؤال خلافا فى فقه القانون الدولى الخاص ، وسبب المشكلة هو صعوبة التوفيق فى هذا الصدد بين مبدأين أساسين • المبدأ الأول هو التزام دولة القاضى بمقتضى الاتفاقية التى وقعتها بتطبيق قاعدة الاسناد الواردة بالاتفاقية ، والمبدأ الثانى هو عدم امكان تطبيق القاضى لقانون أجنبى يتعارض مع الأسس التى يقوم عليها النظام القانونى الوطنى •**

وقد يتنبه واضعو الاتفاقية الى هذه المشكلة فيسعون الى تلافيها

---

(١) وقد حاول فريق من الفقه تبرير هذه النتيجة بالقول بان اقرار القاضى الوطنى للعلاقة التى نشأت خارج دولته انما يتم فى هذه الحالة تطبيقا لفكرة النظام العام فى دولة القاضى ذاتها . انظر فى ذلك مقال الاستاذ Maury السالف الذكر صفحة ٢٦ ومؤلف الدكتور كمال فهمى : اصول القانون الدولى الخاص صفحة ٤١٠ .

(٢) سبق لنا ان اشرنا الى وجود بعض القواعد الاتفاقية فى مجال تنازع القوانين وتهدف هذه القواعد الى توحيد قواعد الاسناد بين مجموعة من الدول، ومن أهم الأمثلة على ذلك القواعد التى تتضمنها اتفاقيات لاهاى .

مقـدما بنص صريح فى الاتفاقيـة يقضى بتفضـيل احـد المبـدأين السالفى الذكر •

فقد ينص فى الاتفاقية مثلا على حق الدول الأعضاء فى الاتفاقيـة على استبعاد تطبيق القانون الذى تشير اليه قاعدة الاسناد الواردة بالاتفاقية اذا تعارض هذا القانون مع النظام العام فى دولة القـاضى المعروض عليه النزاع • وفى هذه الحالة لا يكون هناك مجال لقيـام المشـكلة[1] •

وعلى العكس من ذلك قد تتضمن الاتفاقية النص صراحة على عدم امكان لجوء القاضى الوطنى فى الدول الأعضاء فى الاتفاقية الى فكرة النظام العام لاستبعاد القانون الذى تقضى قواعد الاتفاقية بتطبيقه • وحينئذ لا يجوز للقاضى الوطنى الامتناع عن تطبيق القانون الأجنبى بالرغم من تعارضه مع النظام العام فى دولته نظرا لتنازل دولته صراحة عن حقها فى استعمال الدفع بالنظـام العـام • غير أنه يحق للقاضى الوطنى ، بالرغم من ذلك ، استبعاد تطبيق القانون الأجنبى اذا ثبت أن هذا القانون لا يتعارض مع النظام العام فى دولة القاضى فحسب وانمـا يتعـارض مع النظـام العـام للمجتمـع الدولى بأسره[2] Ordre public international de la Société internationale اذ أن النظام العام بالمعنى الأخير يشكل الاطار العام الذى لايجوز للدول الأطراف فى الاتفاقية الخروج عنه • واذا كان للدول الأطراف الحق فى اعطاء الأولوية للقاعدة الاتفاقية حتى ولو تعارضت مع الأسس التى يقـوم عليها المجتمع الوطنى فى كل منها ، فانها لا تملك اعطاء الأولوية للقاعدة الاتفاقية على المبادىء العامة التى تحكم المجتمع الدولى •

١٣٥ ــ ويدق الأمر فى حالة سكوت الاتفاقية عن النص على امكان امتناع القاضى الوطنى عن تطبيق القانون الأجنبى الذى تشير اليـه قاعدة الاسناد فى الاتفاقية اذا ما تعارض مع النظام العام فى دولته •

---

(١) انظر فى ذلك Maury : L'éviction de la loi normalement competente. صفحة ١٠٠

(٢) ومن امثلة ذلك فى رأينا القوانين التى تقوم على اعتبارات عنصرية محضـة كقوانين جنـوب افريقيـا وقوانين المـانيا النازية .

وقد ذهب فريق من الفقه الى عدم امكان الالتجاء الى فكرة النظام العام فى دولة القاضى فى هذه الحالة لاستبعاد القانون الواجب التطبيق وفقا لأحكام الاتفاقية . ذلك أن الاتفاقية قد تفقد فاعليتها اذا ما سمحنا لكل دولة من الدول المتعاقدة أن ترفض تطبيق أحكام الاتفاقية بحجة تعارضها مع النظام العام فيها[1] .

غير أن غالبية الفقه ترى أن سكوت الاتفاقية فى هذه الحالة يجب ألا يفسر على أنه حرمان الدول المتعاقدة من الأخذ بالنظام العام فيها اذ أن ذلك من شأنه أن يجعل تطبيق المعاهدة شديد الوطأة على الدول الأطراف . ويرى هذا الفريق أن النظام العام انما هو قيد ضمنى يجب الاعتداد بوجوده دون نص صريح اذ انه الوسيلة الحقيقية للدفاع عن المبادىء الأساسية فى النظام القانونى لدولة القاضى وصمام الأمن الذى يعينها على حماية مجتمعها ، ومن ثم لا يفترض التنازل عنه دون نص صريح ، أى لا يجب أن يفسر سكوت الأطراف المتعاقدة عن ذكر هذا القيد على أنه تنازل منها عن حقها فى الدفاع عن المصالح الأساسية فى مجتمعها الوطنى[2] .

وقد يحدث أن تنص الاتفاقية على حالات محددة بالذات يحق فيها للقضاء الوطنى فى الدول المتعاقدة اعمال الدفع بالنظام العام لاستبعاد القانون الذى تشير اليه قواعد المعاهدة . وحينئذ يثور السؤال عما اذا كان يتعين عدم السماح باعمال هذا الدفع فى غيره هذه الحالات . لا شك أن اقتصار الدول المتعاقدة على النص على حالات محددة بالذات يجوز بالنسبة لها اعمال الدفع بالنظام العام يفيد اتجاه نيتهم الى عدم أعمال الدفع فى غير هذه الحالات . ذلك أن حرص الدول الأطراف على النص على حالاب محددة يجوز فيها اعمال الدفع المذكور انما ينم

---

(١) انظر فى هذا المعنى مقال الاستاذ Goldman المنشور : Revue critique de droit international privé سنة ١٩٥١ ص ٥٨٦ .

(٢) انظر فى ذلك المرجع السابق ص ٥٢٥ ,Niboyet وانظر كذلك Maury, L'éviction ص ١٠٣ وانظر كذلك Plaisant : les règles de conflit de lois dans les traités. ص ٢٠٥

عن رغبتهم فى تلافى أى خلاف فى المستقبل حول الحالات التى يجــوز فيها اعمال هذا الدفع[1] •

١٣٦ — ويثور السؤال أخيرا عما اذا كان تنازل الدول المتعـــاقدة عن اعمال النظام العام بصدد مسألة معينة يقتصر أثره على الدول الأطراف فى الاتفاقية أم أنه يترتب على هذا التنازل عدم امكان أعمال النظام العام بصدد هذه المسألة بشكل مطلق ، أى حتى فى مواجهة الدول الغير أطراف فى الاتفاقية • فلو فرضنا مثلا أن الاتفاقية تتضمن النص على عدم امكان اعمال النظام العام بالنسبة لأحكام التطليق الصادرة من محاكم الدول الأطراف فى الاتفاقية ، فهل معنى ذلك أن الاعتراف بأحكام التطليق الأجنبية لم يعد مخالفا للنظام العام أيا كانت الدولة التى صدر فيها الحكم أم أنه يمكن اعتبار هذه الأحكام مخالفة للنظام العام اذا ما صدرت من محاكم دولة ليست طرفا فى الاتفاقية ؟

لاشك أن تنازل احدى الدول المتعاقدة عن تمسكها بحق معين انمــا هو امتياز تمنحه الدولة الى الدول الأخرى الأطراف فى المعاهدة مقابل حصولها على حق مماثل• لذلك كان من المنطقى القول بأن تنازل الدولة عن التمسك بحق معين فى مواجهة الدول الأطراف فى الاتفاقية لا يعنى تنازلها عن هذا الحق بالنسبة لكافة الدول الأخرى[2] • غير أن اعمال هذا المنطق فى مجال النظام العام لا يتفق مع طبيعة النظام العام • فالنظام العام بوصفه تعبيرا عن الأسس التى يقوم عليها النظام القانونى فى مجتمع الدولة لا يمكن أن يتجزأ أو يختلف باختلاف الدولة المراد تطبيق قانونها • فهو يتسم بطابع العمومية والوحدة • فاذا قررت الدولة

---

(١) انظر فى ذلك Maury المرجع السابق ص ١٠٢ ، و Niboyet المرجع السابق ص ٥١٥ •
غير انه قد يحدث أن يكون عدم نص الاتفاقية على امكان استبعاد القانون الاجنبى فى حالة معينة راجع فقط الى عدم تصور قيام هذه الحالة عند ابرام الاتفاقية . وبالتالى يمكن القول بأن نشوء مثل هذه الحالة فى المستقبل من شأنه أن يستتبع أعمال الدفع بالنظام العام بالرغم من عدم النص على هذه الحالة صراحة .

(٢) انظر فى ذلك مقال الاستاذ Seidl — Hohenveldern السالف الذكر صفحة ٤٧٧ •

عدم اعتبار حلا معينا مخالفا للنظام العام فيها بالنسبة لنزاع معين فمن غير المقبول أن تعتبر نفس الحل مخالفا للنظام العام فى منازعات أخرى مماثلة .

وعلى ذلك فاذا قامت دولة من الدول التى تعتبر التطليق مخالفا للنظام العام فيها بابرام اتفاقية تلتزم فيهـا بالاعتراف بأحكام التطليق الصادرة من محاكم الدول الأطراف فى الاتفاقية فان ذلك يفيد أن أحكام التطليق الصادرة فى الخارج لم تعد مخالفة للنظام العام فى هـذه الدولة، ذلك أن فكرة النظام العام تقوم على معـايير موضوعية لا تتغير بتغير الدولة المطلوب تطبيق قانونها أو الاعتراف بأحكامها[1] .

---

(١) انظر فى ذلك : Morelli, : Il diritto processuale civile internationale ص ٣٤٥ .

وانظر فى عرض احكام القضاء المتضاربة فى هذا الصدد Maury المرجع السابق ص ١٣٦ .

# الفصل الثانى

## الدفع بالغش نحو القانون[1]

١٣٧ ــ رأينا فى الفصل السابق أن القانون الذى تشير اليه قاعدة الاسناد أى القانون الواجب التطبيق على العلاقات ذات الطابع الدولى قد يستبعد من حكم العلاقة لأن مضمونه يتعارض مع الأسس التى يقوم عليها النظام القانونى فى دولة القاضى أى لكونه مخالفا للنظام العـــام فى دولة القـــاضى • غير أن القـــانون الأجنبى الواجب التطبيق قد يتم استبعاده كذلك بالرغم من عدم تعارض مضمونه مع النظـــام القانونى فى دولة القاضى ، وذلك اذا كانت الوسيلة التى لجأ اليهـــا الأفراد للتوصل الى تطبيق هذا القانون على علاقاتهم ذات الطابع الدولى تنطوى على التحايل أو على الغش كما سنرى فيما يلى •

## المبحث الأول

## فى مفهوم فكرة الغش نحو القانون

١٣٨ ــ يمكن القول بأن هناك تحايلا أو غشا نحو القانون فى مجـــال العلاقات ذات الطـــابع الدولى اذا ما قام أطراف العلاقـــة بتغيير أحد الضوابط التى يتحدد بمقتضاها القانون الواجب التطبيق بشكل متعمد وذلك بقصد التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق أصـــلا على العلاقة[٢] • وقد سبق لنا أن رأينا أن تحديد القانون المختص بحكم

---

(١) Fraude à la loi

(٢) وقد يسعى الأفراد كذلك الى تغيير ضابط من الضوابط التى يقوم عليها الاختصاص القضائى لمحاكم الدولة كضابط الموطن مثـــلا ، بقصد الهروب من هذا الاختصاص والحصول على حكم لم يكن فى استطاعتهم الحصول عليه من المحاكم المختصة أصلا على النحـــو الذى سنبينه عند دراستنا لتنازع الاختصاص القضائى الدولى •

العلاقة ذات الطابع الدولى انما يتم عن طريق ضابط أو معيار يتم بمقتضاه ربط هذه العلاقة بأكثر القوانين صلة بالعلاقة • ويستمد هذا الضابط من الظروف الواقعية أو القانونية المحيطة بالعنصر الرئيسى فى العلاقة • وهذه الظـروف كثيرا ما يكون فى الامكان تدخل ارادة الأفراد لاختيارها أو لتغييرها[1] • فمحل ابرام التصرف مثلا وهـو ضابط من ضوابط الاسناد فى مجال العقود انما يتم بناء على اختيار ارادى للأفراد • كذلك الحال بالنسبة للموطن أو للجنسية حيث يكون لارادة الأفراد فى الكثير من الأحيان دور فى اختيارهما أو تغييرهما • وقد يسعى أطراف العلاقة حينئذ الى الافادة من هذه الامكانية لتغيير الظروف المتصلة بعنصر العلاقة الرئيسى وذلك بخلق ظروف جـديدة يترتب عليها تغيير ضابط الاسناد بحيث يتسنى لهم الهروب من القانون الذى كان يجب أن يحكم العلاقة لو أن الظروف المحيطة بعناصر العلاقة ظلت كما هى دون تغيير ، واخضاع العلاقة لقانون آخر بمقتضى الضابط الجـديد •

وقد يلجأ الأفراد الى ذلك لانشاء علاقة أو مركز قانونى لم يكن يسمح بانشائه القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة أو كان يتطلب لانشائه شروطا أكثر شدة من تلك التى يتطلبها القانون الذى يشير اليه ضابط الاسناد الجديد • ومن القضايا الشهيرة التى أدت الى اهتمام الفقه بهذا الموضوع قضية شهيرة طرحت على القضاء الفرنسى هى القضية المعروفة بقضية دى بوفرمون Affaire de Bauffrement وتتلخص وقائع هذه القضية فى أن زوجة أحد الأمراء الفرنسيين اختلفت مع زوجها وأرادت الحصول على التطليق • ولما كان القانون الفرنسى ، وهو القانون الواجب التطبيق فى هذا المجال بوصفه قانون الجنسية ، لا يجيز التطليق فى ذلى الحين فان الزوجة قامت بالتجنس بجنيسـية احدى الدويلات الأجنبية التى يبيح قانونها التطليق وحصلت على التطليق وفقا لقانون الجنسية وتزوجت من أمير رومانى وأقامت معه بفرنسا • طالب الزوج الأول ببطلان الزواج الثانى • وقد أجابته محكمة النقض

---

(1) نقض فرنسى ١٨ مارس ١٨٧٨ Sirey 1878. I. p. 193

وانظر فى شرح تفصـيلى للقضية Niboyet; Traité الجزء الثالث ص ٦٦٧ •

الفرنسية الى طلبه وقضت ببطلان التطليق وبالتالى بطلان الزواج الثانى • وبنت حكمها على أن تغيير الجنسية انما تم بقصد التحايل على القانون الفرنسى والهروب من أحكامه التى تمنع التطليق وقررت أن الزواج الأول لا زال قائما تطبيقا لأحكام القانون الفرنسى الذى يستمر فى حكم العلاقة بعد استبعاد القانون الأجنبى •

١٣٩ — وقد اعترض فريق من الفقه على الأخذ بفكرة الغش نحو القانون فى مجال القانون الدولى الخاص[1] • ويرى هذا الفريق وجوب تطبيق القانون الذى يشير اليه ضابط الاسناد الجديد حتى ولو كان هذا الضابط قد نشأ نتيجة لظروف من صنع أطراف العلاقة • ذلك أنه من حق الأفراد تغيير هذه الظروف ، فالشخص الذى يختار مكانا معينا لابرام التصرف انما يستعمل رخصة خولها اياه القانون • ومن يستعمل حقا لا يضر أحدا • ولا مجال فى رأيهم للنظر الى الباعث الذى يدعو الأفراد الى استعمال الرخصة التى خولها اياهم القانون ما داموا يستعملون حقا ، خاصة وأن محاولة البحث عن قصد الغش قد يكون ضربا من المستحيل نظرا لأنها مسألة باطنية تتعلق بالنوايا • وقد يكون فى البحث عنها مجال واسع لتحكم القضاء ولحدوث أخطاء لا سبيل الى تلافيها • وقد آثر المشرع المصرى عدم النص صراحة على الأخذ بالدفع بالغش تاركا الأمر لاجتهاد القضاء •

١٤٠ — غير أنه ليس هناك فى الواقع ما يمنع من الأخذ بفكرة الغش نحو القانون فى مجال العلاقات ذات الطابع الدولى ، فهذه الفكرة ، كما هو معلوم ، من الأفكار الأساسية فى مجال العلاقات الوطنية البحتة[2] • ولم يؤد ما أثير بسببها من اعتراضات للقول بعدم الأخذ بها فى هذا المجال • لذلك لم يعتد الفقه والقضاء كذلك بهذه الاعتراضات فى

---

(١) انظر فى تفاصيل ذلك : Maridakis : Reflexions sur la question de la fraude à la loi d'après le droit international privé. منشور فى Mélanges Maury الجزء الأول ص ٢٤٢ •

(٢) ومن الأمثلة على الأخذ بفكرة الغش نحو القانون فى العلاقات الوطنية ما تنص عليه التشريعات من حق الدائن فى ابطال تصرفات المدين التى يجريها بطريق الغش اضرارا بحقوقهم ••

مجال القانون الدولى الخاص[1] • وقد أصبح استعمال الغش نحو القانون كدفع لاستبعاد القانون الأجنبى من الأمور المستقرة فى فقه القانون الدولى الخاص وفى قضاء الكثير من الدول[2] ، وذلك تطبيقا للمبدأ العام القاضى بأن الغش يبطل كل شىء[3] •

Fraus Omnia Corrumpit

## المبحث الثانى
## شروط الدفع بالغش نحو القانون

١٤١ — ويشترط لاعمال الدفع بالغش نحو القانون عدة شروط هامة أجمع الفقه على البعض منها واختلف حول البعض الآخر •

### ١ — العنصر المادى : تغيير ضابط الاسناد

١٤٢ — يشترط بادىء ذى بدىء ، لاعمال الدفع بالغش ، قيام الأفراد بتغيير الضابط الذى يتحدد به القانون الواجب التطبيق • وهذا يمكن أن يتحقق فى الحالات التى يكون فيها ضابط الاسناد من الضوابط التى يتسنى تدخل ارادة الأفراد لتغييرها • ويمكن تسمية هذا الشرط بالعنصر المادى للغش لأنه يقوم على اجراء ظاهر من قبل الأفراد ، سواء أكان الاجراء ماديا كتغيير مكان ابرام العقد أم اجراءا قانونيا كتغيير الجنسية •

---

(١) انظر فى الرد على هذا الاعتراض الدكتور محمد عبد المنعم رياض المرجع السابق صفحة ٣٧٠ والدكتور منصور مصطفى منصور المرجع السابق صفحة ١٤٦ وانظر كذلك بصفة خاصة الدكتور جابر جاد عبد الرحمن المرجع السابق صفحة ٥٨٢ وما بعدها .

(٢) وجدير بالذكر أن فكرة الغش نحو القانون نشأت على يد فقهاء المدرسة الهولندية فى القرن السابع عشر . انظر Lainé, Interoduction au droit international privé الجزء الثانى ص ٢٠٠ وهذه الفكرة معروفة فى اجلترا باسم Evasion of law وفى المانيا باسم Gesetzumgehung

(٣) لم نجد جدوى من الدخول فى النقاش الفقهى حول الأساس القانونى للأخذ بالدفع بالنسبة نحو القانون . راجع فى تفاصيل هذا النقاش الدكتور هشام صادق : تنازع القوانين ( الطبعة الثانية فقرة ٩٦ ) .

(٤) Procédé techniquement régulier . انظر فى ذلك : Maury, L'eviction de la loi normalement compétente صفحة ١٥٨

ويجب أن تكون الوسيلة التى لجأ اليها الأفراد لتغيير ضابط الاسناد أو تغيير الظروف المحيطة بالعلاقة سليما من الناحية القانونية[1] ولا يفسدها الا النية أو الغرض الذى يهدف الأفراد الى تحقيقه من وراء هذه الوسيلة كما سنبين فيما يلى :

وعلى ذلك فان كان التغيير الذى قام به الأفراد غير مشروع من الناحية القانونية أو كان تغييرا صوريا فقط ، فانه لن تكون ثمة حاجة الى اعمال الدفع بالغش نحو القانون لأن لدينا من الوسائل القانونية ما يكفى للحيلولة دون تحقيق النتائج اتى أرادها الأفراد ، اذ يكفى فى هذه الحالة اثبات عدم صحة الوسيلة التى لجأ اليها الأفراد أو صورية هذه الوسيلة • لذلك يمكن القول بأن الدفع بالغش نحو القانون يقوم بدوراحتياطى اذ يجب عدم الالتجاء اليه الا كعلاج أخير Remedium Ultimum عندما يتعذر ابطال التصرف تطبيقا لأية قاعدة أخرى • فلو فرضنا مثلا أن وطنيا قاصرا انتقل الى دولة أجنبية بقصد ابرام الزواج فيها هروبا من قانون دولته التى تشترط أخذ الموافقة الأبوية ، فانه لن يكون هناك داع لاعمال الدفع بالغش بالرغم من أن تصرف القاصر ينطوى على التحايل • ذلك أنه يكفى لابطال الزواج فى هذه الحالة تطبيق قاعدة الاسناد الخاصة بالشروط الموضوعية للزواج والتى تقضى بالرجوع الى قانون الجنسية بالنسبة لهذه الشروط ومن بينها شرط الموافقة الأبوية[1] •

١٤٣ ــ والأمثلة على امكان تدخل الأفراد للتغيير من ضوابط الاسناد باجراء ارادى عديدة • ومن أهم هذه الأمثلة تغيير الأفراد لجنسيتهم بقصد الهروب من أحكام قانون جنسيتهم وذلك فى الدول التى تعتد بضابط الجنسية فى مسائل الأحوال الشخصية • فقد يعمد الأفراد حينئذ الى اكتساب جنسية دولة جديدة تتلاءم أحكام قانونها مع الهدف

---

(١) قارن : P. Louis-lucas La Fraude à la loi étrangère منشور فى Revue critique سنة ١٩٦٢ ص ٤ وما بعدها •

الذى يريد الأفراد تحقيقه . وقد رأينا مثلا واضحا لذلك فى قضية دى بوفرومون الشهيرة .

كذلك الحال بالنسبة للموطن فى الدول التى تأخذ به كضابط فى مسائل الأحوال الشخصية ، ومثالها الدول الانجلو أمريكية ، فيمكن للأفراد فى هذا الصدد تغيير موطنهم ، وهو أمر أقل صعوبة من تغيير الجنسية ، ليتسنى لهم بذلك الهروب من أحكام قانون الموطن الأول اذا كانت أحكامه غير متفقة مع مصالحهم .

واذا كان المجال الرئيسى لاعمال فكرة الغش نحو القانون هو عادة مسائل الأحوال الشخصية ، فانه من الممكن مع ذلك تحقيق هذه الفكرة فى مجالات أخرى كمجال الحقوق العينية ومجال التصرفات القانونية . ففى مجال الحقوق العينية يمكن تحايل الأفراد على القانون فيما يتعلق بالأموال المنقولة ، اذ يستطيعون تغيير ضابط الاسناد عن طريق تغيير المكان الذى يوجد به المنقول . فالمنقول يخضع كقاعدة عامة لقانون موقعه وبالتالى يمكن للأفراد الهروب من أحكام قانون الموقع الأصلى والخضوع لأحكام قانون الموقع الجديد الذى يتلاءم ومصالحهم .

كذلك يمكن اعمال فكرة الغش نحو القانون بالنسبة للتصرفات القانونية . اذ يستطيع الأفراد فى مجال العقود ايجاد العنصر الأجنبى بشكل صناعى فى عقد وطنى فى جميع عناصره ليصبح بذلك عقدا ذا طابع دولى ، ويتسنى بالتالى اخضاعه لقانون غير القانون الوطنى الذى كان يجب أن يحكمه بوصفه عقدا وطنيا بحتا .

### ٢ ــ العنصر المعنوى :

١٤٤ ــ كذلك يشترط لامكان اعمال الدفع بالغش نحو القانون اتجاه نية الأفراد الى تجنب القانون المختص أصلا بحكم العلاقة . فالواقع أن فكرة الغش نحو القانون لا تتحقق الا اذا كانت نية الأفراد قد انصرفت الى تحقيق هدف لم يكن فى الامكان الوصول اليه وفقا للقانون الواجب التطبيق أصلا .

ولما كان المفروض أن العنصر المادى ، وهو تغيير الأفراد لضابط الاسناد ، انما يتم بشكل قانونى فان أهمية العنصر المعنوى ، وهو قصد التهرب من القانون المختص تبدو واضحة ، اذ بدون نية التهرب يكون الاجراء الذى قام به الأفراد سليما لا سبيل الى ابطاله • ففى مسائل الزواج مثلا لا سبيل الى ابطال قيام الأفراد بتغيير جنسيتهم طالما أن هذا التغيير قد تم بشكل قانونى سليم • ولكن يعتبر هذا التغيير أداة للتحايل اذا كان القصد منه الهروب من أحكام قانون الجنسية الأولى والخضوع لأحكام قانون الجنسية الجديدة ، أى اذا اتضح أن الهروب من أحكام القانون الأول هو الباعث الرئيسى الذى أدى الى تغيير الجنسية • أما اذا ثبت أن الخضوع لقانون الجنسية الجديدة لم يكن مقصودا لذاته وانما ترتب كأثر عرضى لتغيير الجنسية فان التحايل أو الغش نحو القانون ينتفى فى هذه الحالة •

**١٤٥ — وقد أثار تطلب هذا العنصر المعنوى كشرط لاعمال الدفع بالغش خلافا فى الفقه • فيرى البعض أن اشتراط وجود نية الغش يلزم القاضى بالبحث فى مسائل باطنية لا سبيل الى التحقق منها • اذ كيف يمكن الكشف عن النوايا الداخلية للشخص ومعرفة ما اذا** كان الباعث الحافز أو الغرض الوحيد الذى قصده الشخص بتغيير جنسيته مثلا هو الرهوب من القانون الواجب التطبيق عليه أصلا أم لا ؟ لذلك ذهب هذا الفريق الى عدم وجوب التقيد بشرط وجود النية وامكان اعتبار الغش أو التحايل متوافرا دون حاجة للبحث عن النية[١]• ومن الأمثلة التى يضربونها على ذلك قيام وطنيين بالسياحة فى دولة أجنبية ، وخلال اقامتهما بهذه الدولة الأجنبية يقوم أحدهما باجراء هبة للآخر دون أن يكون هناك سبب واضح لاجراء الهبة فى هذه الدولة الأجنبية بالذات • فيمكن حينئذ استخلاص وجود الغش من ذات الظروف المحيطة بالتصرف دون حاجة للتصدى لبحث مسألة النية •

---

(١) انظر فى عرض ذلك
Répertoire, La pradelle et Niboyet Vo Fraude à la loi. فقرة ٦٨

وانظر كذلك
Francescakis : Répertoire de droit int. privé (Encyclopédie Vo Fraude à la loi Dalloz) فقرة ٢٤ •

والواقع أن المثال الذى ساقه القائلون بامكان وجود الغش دون اشتراط البحث عن وجود نية الغش لا يستفاد منه عدم اشتراط قصد الغش وانما يفيد فقط امكان استخلاص وجود هذا القصد أحيانا دون حاجة للبحث فى النوايا نظرا لأن المظهر الخارجى للتصرف يحمل فى طياته معنى الغش ، أى معنى الهروب من القانون المختص أصلا بحكم العـــلاقة .

ومن القرائن التى يمكن أن تفيد قيام نية الغش حالة التلازم الزمنى بين الاجراء المـــادى أى تغيير ضابط الاسناد وبين القيام بالتصرف المراد اخضاعه للقانون الجديد . كما لو تجنس شخص بجنسية جديدة وقام فور تجنسه بالحصول على التطليق الذى لم يكن قانون جنسيته الأولى يسمح به[1] .

كذلك من أهم القرائن التى تفيد قيام نية التحايل أن يكون القانون الذى يؤدى تغيير ضابط الاسناد الى تطبيقه من القوانين التى تعطى تسهيلات استثنائية للأفراد بقصد اجتذابهم اليها لأغراض اقتصادية . فمن المعلوم مثلا أن بعض التشريعات كتشريع ولاية ينفادا Nevada بالولايات المتحدة الأمريكية وكالتشريع المكسيكى ، تسمح بالتطليق لأى سبب من الأسباب حتى لو كان قانون جنسية الأفراد أو قانون موطنهم الأصلى لا يسمح بذلك وبغض النظر عن كون طالب التطليق مقيما باقليم هذه الدولة أم حضر اليها خصيصا للحصـــول على التطليق . وتعرف هذه التشريعات بتشريعات المجاملة[2] . فاذا ما قام الأفراد بتغيير ضابط الاسناد ، كما لو غيروا موطنهم . للتوصل الى تطبيق مثل هـــذه القوانين ، فانه يستفاد من ذلك توافر قصد الغش دون حاجة للبحث فى النـــوايا .

---

(١) وهذا ما حدث فى قضية دى بوفرمون السالفة الذكر .

(٢) Législations de complaisance

(٣) انظر فى ذلك مؤلفنا La valeur internationale des jugements
وانظـــر كذلك :
Francescakis : Répertoire de droit internationale (Encyclopédia Dalloz) Vo Fraude à la loi. فقرة ٥١ .

### ٣ — هل يشترط التهرب من قاعدة آمرة ؟

١٤٦ — ويتجه الفقه التقليدى الى قصر اعمال الدفع بالغش نحو القانون على حالات الهروب من قاعدة آمرة • اذ أنه لو كانت القاعدة القانونية اختيارية فانه لا يتصور محاولة التهرب منها نظرا لأن المشرع خول الأفراد صراحة الخروج على القاعدة •

غير أن اعمال فكرة الغش نحو القانون يأبى فى الواقع وجود مثل هذا الشرط • اذ أنه ما دامت العبرة بالغرض الذى يهدف اليه الأفراد من وراء تصرفهم فانه من الممكن تصور محاولة خروج الأفراد عن الهدف الذى توخاه المشرع من وراء القاعدة ، سواء كانت آمرة أم اختيارية •

ففى مجال العقود الدولية مثلا ، حيث يتمتع الأفراد بحرية واسعة فى اختيار القانون الواجب التطبيق ، لا يحق للأفراد مع ذلك الخروج بالرخصة التى خولهم اياها المشرع عن هدفها وهو تيسير المعاملات الدولية • فلا يجوز للأفراد تحويل عقد وطنى فى جميع عناصره الى عقد دولى باختلاق العنصر الأجنبى فيه وذلك بقصد اخضاعه الى قانون غير القانون الوطنى المختص أصلا بحكم العقد • كما لا يجوز للأفراد ممارسة حرية الاختيار التى خولهم اياها المشرع فى مجال العقد الدولى للتوصل الى اخضاع العقد لقانون لا يستجيب لطبيعة العلاقة ولا تربطه بالعقد أية صلة وذلك تحقيقا لمصلحة ذاتية للمتعاقدين[١] •

وعلى ذلك يمكن تصور التحايل على القانون حتى لو كانت أحكامه اختيارية يجوز الخروج عليها ، اذ أن نية الغش يمكن أن تتوافر بالنسبة لهذه الحالة كذلك • لذلك لا يتطلب الفقه الحديث أن تكون القاعدة المراد التهرب من أحكامها آمرة بل يكتفى بأن يكون مجال تطبيق القاعدة واضحا ومتفقا مع طبيعة العلاقة[٢] •

---

(١) انظر فى ذلك : Batiffol : Objectivisme et subjectivisme dans le droit international privé des contrats. منشور فى Mélanges Maury الجزء الأول ص ٥٥ وانظر كذلك Maridakis المرجع السابق •

(٢) Normale et évidente انظر Louis Lucas المرجع السابق ص ١٤ •

### ٤ — هل يجب قصر الدفع بالغش على حالات التهرب من قانون القاضى ؟

١٤٧ — وقد جرى الفقه والقضاء خلال فترة طويلة على قصر اعمال الدفع بالغش نحو القانون على حالات الهروب من قانون القاضى ، بمعنى أنه يشترط أن يكون القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة هو القانون الوطنى للقاضى المطروح عليه النزاع • أما اذا كان القانون الواجب التطبيق أصلا قانونا أجنبيا ، فلا مجال حينئذ لأعمال الدفع بالغش •

وقد استند الفقه والقضاء فى ذلك الى أن وظيفة القاضى فى الدولة هى كفالة تطبيق القانون الوطنى ومنع الأفراد من مخالفته أو التهرب من أحكامه • ولا يدخل فى نطاق هذه الوظيفة منع الأفراد من التهرب من أحكام القوانين الأجنبية والسهر على حراستها من تلاعب الأفراد •

غير أن الفقه الحديث قد بدأ يحيد عن هذا الشرط ولا يقصر اعمال الدفع بالغش على حالات التهرب من القانون الوطنى • ذلك أن أساس نظرية التحايل على القانون هى مطاردة الغش أيا كانت الغاية منه ، أى بغض النظر عن كون القانون الذى أراد الأفراد التهرب منه هو قانون القاضى أم قانون أجنبى • واذا كان القاضى الوطنى غير ملزم بالسهر على حماية القوانين الأجنبية ضد تحايل الأفراد ، فانه مع ذلك يحق له توقيع الجزاء اللازم بالنسبة للتصرفات المخالفة للاخلاق ولمبدأ حسن النية • ولا شك أن تحايل الأفراد للهروب من أحكام القانون الأجنبى يشكل مخالفة لقاعدة من قواعد السلوك ولمبدأ حسن النية • وفضلا عن ذلك فاننا اذا ما أمعنا النظر فى الحالات التى يتم فيها التحايل بقصد الهروب من أحكام القانون الأجنبى لوجدنا أن هذا التحايل موجه فى واقع الأمر الى قانون القاضى الوطنى نفسه • ذلك أن القانون الأجنبى انما يحكم العلاقات القانونية بناء على قاعدة الاسناد فى قانون القاضى • ومن ثم فان التحايل للهروب من القانون الأجنبى هو تحايل للهروب من قاعدة الاسناد الوطنية ، أى أنه تحايل على قانون القاضى ذاته[1] •

---

(١) انظر Louis-Lucas المرجع السابق صفحة ١٤ •
وقارن Kegel, Internationales Privatrecht ( الطبعة الثانية صفحة ١٦٦ ) حيث ينوه بأن الفقه والقضاء فى المانيا لا يفرقان بين الحالة التى يتم فيها التحايل بقصد التهرب من القانون الوطنى وتلك التى يتم فيها التحايل بقصد التهرب من القانون الأجنبى •

## المبحث الثــالث

### جزاء التحايل أو الغش نحو القانون

١٤٨ — ذهب الفقه التقليدى الى أن أثر الدفع بالغش نحو القانون يجب أن يقتصر على النتيجة التى أراد الأفراد تحقيقها دون الوسيلة التى لجأوا اليها للوصول الى هذه النتيجة • ذلك أن النتيجة فقط هى التى تعتبر غير مشروعة ؛ أما الوسيلة فهى لا تنطوى على أية مخالفــة للقانون • فاذا ما قام شخص بالتجنس بجنسية جديدة وفقــا للشروط التى تتطلبها هذه الجنسية ؛ فان هذا التجنس يظل سليما من الناحية القانونية • أما النتيجة التى أراد الأفراد تحقيقهــا من وراء هــذا التجنس ، وهى القيام بتصرف لا يسمح به قانون جنســيتهم الأولى كالطلاق ، فهى التى يتعين ابطالها فقط لأنها تمت بقصد التحايل على القــانون •

ولا يخفى ما فى هذا الرأى من مجافاة للمنطق القانونى السليم • ذلك أن القول بابطال النتيجة التى أراد الأفراد تحقيقها دون الوسيلة ، أى دون الاجراء القانونى الذى ترتبت عليه هذه النتيجة ، من شــأنه خلق أوضاع قانونية تنتج آثارا متناقضة • فالشخص الذى تجنس بجنسية جديدة سيظل وفقا لهذا الرأى محتفظــا بجنسيته الجــديدة وسيترتب على ذلك آثار قانونية عديدة ، وفى الوقت ذاته سيظل الشخص خاضعا لأحكام قانون جنسيته الأولى بالنسبة للنتائج التى أراد تحقيقها بتغيير جنسيته •

ومن الواضح أن هذا الحل لا يحقق استقرار المراكز القانونية كما أنه يشكل جزاء لا داعى له بالنسبة للأفراد • ذلك أن الفــرد الذى يكتسب جنسية جديدة للهروب من أحكام قانون دولته الأولى بشــأن تصرف معين لم تعد له أية مصلحة فى الاستمرار فى جنسيته الجــديدة

اذ أن سبب دخوله فيها قد انتفى وهو القيام بالتصرف الذى تم ابطـــاله •

لذلك نرى مع فريق من الفقه الحديث وجوب انصراف أثر الدفع بالغش نحو القانون الى الوسيلة والنتيجة على حد سواء ، أى وجوب عدم الاقتصار على ابطال التصرف الذى قام به الأفراد كالطلاق مثلا بل ابطال الاجراء الذى تم به تغيير ضابط الاسناد كذلك ، كاجراء تغيير الجنسية مثلا • فتغيير ضابط الاسناد وان كان قد استوفى الشروط اللازمة لصحته ، الا أن الباعث الحافز على القيام به لم يكن مشروعا • ومن ثم يتعين عدم اعتداد القاضى به •

وهذا الحل لا يثير أية صعوبة اذا كان التحايل قد تم عن طريق قيام الأفراد باجراء قانونى معين كالتجنس مثلا بجنسية جديدة • ففى هذه الحالة يمكن ابطال الاجراء القانونى فتبطل بالتـــالى التصرفات المبنية عليه •

غير أن الأمر يدق اذا كان الغش قد تحقق عن طريق قيام الأفراد باجراء مادى معين كنقل المـــال المنقول من اقليم دولة الى اقليم دولة أخرى بقصد الهروب من أحكام قانون دولة الموقع الأول • ففى هذه الحالة لا يمكن تجاهل الواقعة المـــادية الجديدة التى أدت الى تغيير ضابط الاسناد بشكل كامل • ومن ثم فلا مفر من قصر الجزاء على منع النتيجة التى أراد الأفراد تحقيقها كالهروب من أحكام قانون الموقع الأول بشأن نقل ملكية المنقول مثلا • وفيما عدا هذه النتيجة التى قصدها الأفراد من وراء الغش فانه من غير المقبول الاستمرار فى اعتبار الوسيلة نفسها كأن لم تكن أى اعتبار أن المنقول لم ينتقل الى اقليم الدولة الجديدة ورفض ترتيب أى أثر على هذا الانتقال • اذ أن فى ذلك انكارا لحالة واقعية ثابتة هى وجود المنقول فى الاقليم الجديد • وعلى ذلك فان أثر الدفع بالغش سيقتصر فى هذه الحالة على النتيجة فقط فيبطلها • أما الوسيلة فتظل سليمة تنتج آثارها[1] •

(١) راجع فى ذلك Batiffol et Lagarde المرجع السابق ص ٤٥٥ •

## المبحث الرابع

## الغش نحو القانون والنظام العام

**١٤٩** — يرى فريق من الفقه أن الدفع بالغش نحو القانون لا يعدو في الحقيقة أن يكون تطبيقا من تطبيقات الدفع بالنظام العام ذلك أن التصرف الذى يريد الأفراد تحقيقه عن طريق التحايل على القانون من شأنه أيضا المساس بالنظام القانونى فى دولة القاضى .

غير أنه قد اتضح لنا من دراستنا لشروط الدفع بالغش نحو القانون أن هناك اختلافا أساسيا بين كل من الدفعين . فالدفع بالنظام العام انما يراد به تأمين تطبيق قانون دولة القاضى وبصفة خاصة القواعد الآمرة فى هذا القانون ، وذلك فى حين أن الدفع بالغش نحو القانون ليس قاصرا على حماية قانون القاضى بل يمكن كذلك فى رأينا اعماله لمنع التحايل للهروب من قوانين الدول الأجنبية الواجبة التطبيق ، كما أن هذا الدفع غير قاصر على منع الهروب من القوانين الآمرة بل يمكن أيضا اعماله لمنع التحايل للهروب من أى قانون ما دامت نية الغش واضحة . هذا فضلا عن أن الدفع بالنظام العام انما هو دفع موجه الى مضمون القانون الأجنبى الواجب التطبيق ، فهو يستبعد القانون الأجنبى لأن قواعده تتعارض مع الأسس التى يقوم عليها النظام القانونى الوطنى ، وذلك فى حين أن الدفع بالغش نحو القانون ليس موجها الى مضمون القانون الأجنبى ، ولا يهدف الى استبعاد القانون الواجب التطبيق لذاته وانما هو دفع موجه الى الوسيلة التى لجأ اليها الأفراد لجلب القانون الأجنبى لحكم علاقة لم تكن خاضعة لاختصاصه أصلا[1] .

كذلك فان من أهم ما يفرق الدفع بالغش عن الدفع بالنظام العام هو مجال اعمال كل منهما . فالمجال الرئيسى لاعمال الدفع بالنظام العام هو مرحلة انشاء العلاقة أو المركز القانونى فى دولة القاضى . أما بالنسبة للمراكز القانونية التى تم انشاؤها فى الخارج فان أثر النظام

---

(١) انظر Bartin ( الجزء الأول ) صفحة ٢٦٢ وقارن Niboyet ( الجزء الثالث ) رقم ١٠٤٩ .

العام يكون مخففا وأحيانا منعدما كما سبق أن رأينا ، بمعنى أن القاضى الوطنى قد يعترف بعلاقة أو مركز قانونى نشأ فى الخارج بالرغم من أنه لم يكن ليسمح بنشوئه فى دولته • أما الدفع بالغش فان مجـــال أعماله يكون عادة فى مرحلة الاحتجاج بالمركز القانونى الذى تم نشوءه فى الخـــارج •

فالغش نحو القانون يتحقق كما سبق أن رأينا عن طريق قيام الأفراد باجراء سليم لتغيير ضابط الاسناد وذلك تمهيدا لانشاء مركز قانونى وفقا للقانون الذى يشير اليه الضابط الجديد • ومن ثم فكثيرا ما لا يتسنى أعمال الدفع بالغش نحو القانون الا بعد انشاء المركز القانونى وفقـــا للقانون الجديد ومحاولة الاحتجاج به فى دولة القاضى • فحينئذ فقط يمكن التحقق من وجود الغش اذ أن الوسيلة فى ذاتها ، وهى تغيير ضابط الاسناد ، اجراء مشروع ، كما أن انشاء المركز القانونى يعتبر تصرفا مشروعا لو نظر اليه فى ذاته ، أى اذا لم يكن مرتبطا بتغيير ضابط الاسناد • ولا سبيل للتحقق من هذا الارتباط الا بوضع الوسيلة التى اتبعها الأفراد والنتيجة التى حققوها جنبا الى جنب لاكتشـــاف مدى التلازم بينهما واستخلاص وجود نية التحايل ، ومن الواضح أن مثل هذه العملية قد لا تتم الا بعد تحقق النتيجة التى يســـعى الأفراد الى تحقيقهـــا[1] •

---

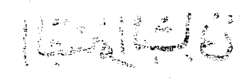
(١) قارن Louis-Lucas المرجع السابق صفحة ١٥ .

# القسم الثاني

## الأحكام الوضعية

## في

## تنازع القوانين



تمهيـــد :

١٥٠ ــ من المعلوم أن العلاقات أو المراكز القانونية ذات الطابع الدولى تتعدد بتعدد نشـــاط الفرد وتشـــعبه بحيث يكون من العسير حصرها مقدما وتحديد القانون الواجب التطبيق على كل منها • وقد جرى العمل فى مختلف الدول على الاكتفاء بتحديد قواعد اسناد بالنسبة للطوائف الرئيسية للمراكز والعلاقات القانونية كالالتزامات التعاقدية والحقوق العينيـــة وكذلك بالنســـبة للمراكز والعلاقـــات القانونية ذات الأهمية الخاصة فى حياة المجتمع كالزواج والميراث • وبذلك يتنسى للقضاء اذا ما أراد تحديد القـــانون الواجب التطبيق على علاقة قانونية معينة ، أن يقوم بردها الى احدى الطوائف الأساسية التى توجد لها قاعدة اسناد •

ولـــا كانت المراكز أو العلاقات القانونية تحتوى على ثلاث عناصر هى: عنصر الأشخاص أو أطراف العلاقة ، وعنصر الموضوع أو محل العلاقة وعنصر السبب المنشىء للعلاقة ، وكان ضابط الاسناد ، كما سبق أن رأينا، يتحدد وفقا للعنصر الغالب أو المهيمن على العلاقة ، فان من المنطقى أن نبنى تقسيما لقواعد الاسناد على هذه العناصر • فنتناول أولا تحديد القانون الواجب التطبيق على الأشخاص بوصفهم أصحاب المركز القانونى أو أطراف العلاقة • ثم نتناول ثانيا تحديد القانون الواجب التطبيق على الأموال باعتبارها محلا للمركز القانونى أو العلاقة القانونية ، ثم نتناول ثالثا بحث القـــانون الواجب التطبيق على التصرفات القـــانونية والوقائع المادية بوصفها مصدرا للمركز القانونى أو العلاقة القانونية •

واذا كان هذا العرض يمليه التقسيم المنطقى لعناصر العلاقة القانونية فليس معنى ذلك انفراد قانون معين دائما بحكم العـــلاقة أو المركز القانونى برمته • فالغالب أن تتدخل عدة قواعد اسناد لحكم علاقة قانونية واحدة ، أى يشترك أكثر من قانون فى حكم نفس العلاقة •

# الباب الأول

## الأشخاص

## فصـــل تمهيدى

---

١٥١ – يشمل تعبير الأشخاص كما هو معلوم الأفراد أو الأشخاص الطبيعيين كما يشمل الأشخاص المعنوية .

والفرد لا يعيش بمعزل عن الجماعة التي ينتمى اليها ، وهذه الجماعة هي الأسرة والدولة.ويتحدد المركز القانونى للفرد عن طريق هذا الانتماء. وقد أطلق على مجموعة الصفات التى يتحدد بها المركز القانونى للشخص اصطلاح الحالة Status .

ويرجع الأصل التاريخى لاصطلاح الحالة الى القـــانون الرومانى اذ كان يتحدد مركز الشخص القانونى وفقا لأحد حالات ثلاث :

حالة الحرية Status libertatis

والحالة الوطنيـــة Status civitatis

حالة العائلية Status familiae .

وبزوال الرق فقدت حالة الحرية أهميتها وأصبح تعبير الحالة ينصرف الى الحالة الوطنية ، أى انتماء الفـــرد الى مجتمع وطنى معين ، والحالة العائلية أو المدنية وهي الصفات التى تحدد مركز الشخص من أسرته .

ويخرج من نطاق دراستنا هنا بحث حالة الفرد السياسية . وقد سبق لنا عند دراستنا للجنسية أن أوضحنا أن تحديد حالة الشخص السياسية، أى تحديد انتسابه الى دولة معينة انما يتم بالرجـــوع الى أحكام قانون جنسية هذه الدولة .

### حالة الأشخاص وما يرتبط بها من مراكز قانونية :

١٥٢ — ويمكن تعريف الحالة بأنهـا مجموعة الصـفات التى تلحق بالشخص فتتأثر بها مجموعة الحقوق المقررة له والواجبات المفروضة عليه[1] .

وتثير دراسة الحالة فى القـانون الدولى الخاص معرفة القانون الذى يحكمها وكذلك القانون الذى يحكم المراكز القانونية التى تتحدد بها الحالة أو ترتبط بها . ولما كان السن عاملا أساسيا فى تحديد حالة الفرد ، وكانت أهلية أداء الفرد تتحدد أساسا وفقا لهذا السن ، فانه يتعين دراسة الأهلية وما يتفرع عنها من أنظمة كالولاية والوصاية والقيامة باعتبارها وثيقة الصلة بحالة الشخص . كذلك يرتبط بالحالة مجموعة من المـراكز القانونية تتحـدد بها صـفات الشخص كالزواج والطلاق والبنوة ، كما يترتب على الحالة مجموعة من النتائج كالحق فى النفقـة بسبب القربى والحق فى الارث . ومن ثم يتعين معرفة القانون الواجب التطبيق على كل من هذه المراكز والعلاقات .

### المبدأ العام وتطوره التاريخى :

**١٥٣** — منذ نشأة قواعدتنازع القوانين علىيد المدرسة الايطاليةالقديمة اتجه الفقهاء الى اخضاع حالة الشخص وأهليته لقانون موطنه . اذ قدر هؤلاء الفقهاء أن العدالة والمنطق يقضيان بوجوب تمتع المراكز القانونية المرتبطة بالشخص بنوع من الاستقرار ، وهذا الاستقرار لا يمكن تحقيقه اذا تغير القانون الذى يحكم الشخص بمجرد انتقاله العارض من مدينة الى مدينة . وقد وجد فقهاء المدرسة الايطالية القديمة أن الضابط الوحيد الذى يكفل هذا الاستقرار هو ضابط الموطن ، خاصة وأن التنازع الذى عنوا بحله لم يكن ذا طبيعة دولية[2] بحيث يمكن أن

---

(١) وقد عرفت المذكرة الايضاحية للقانون المدنى الحالة بأنهـا « جملة الصفات التى تحدد مركز الشخص من أسرته ودولته : وهى صفات تقوم على أساس من الواقع كالسن والذكورة والأنوثة والصحة أو على أسس من القانون كالزواج والحجر والجنسية » مجموعة الأعمال التحضيرية ( الجزء الأول ) ص ٢٤٢ .

(٢) وكان التنازع قائما فى ذاك الوقت ، اى منذ أواخر القرن الثانى عشر ، بين قوانين المدن الايطالية التى كان يتمتع كل منها باستقلال تشريعى ، أو بين قوانين هذه المدن والقانون الرومانى بوصفه القانون العام .

تثور فكرة الجنسية بصدده بوصفها ضابطا للاسناد • لذلك فان مفهوم القانون الشخصى كان مرتبطا بفكرة الموطن باعتبارها الفكرة الوحيدة التى تكفل استمرار تطبيق القانون على الشخص اينما ذهب •

وقد ظلت حـالة الشخص وأهليته خاضـعة كذلك لقانون الموطن فى ظل المدرسة الفرنسية فى القرن السادس عشر • فبالرغم من أن الفقية دارجنتريه D'Argentré أخذ أساسا بمبدأ عينية القوانين أى اقليميتها ، ولم يكن يقر كمبدأ عام امتداد القانون خارج اقليم الدولة بسبب نزعته الاقطاعية ، فانه قرر استثناء تطبيق قانون الموطن فيما يتعلق بحالة الشخص وأهليته ، تأسيسا على أن العدالة وطبيعة الأشياء يقتضيان اخضاعها لقانون الاقليم الذى توطن به[1] •

ولم يختلف الأمر بالنسبة للفقيه ديمولان Dumoulin فبعد أن عرض لنظريته الخاصة بكفاية الارادة فى العقود فرق بين نوعين من القوانين ، القوانين الشخصية والقوانين العينية ، واعتبر القانون شخصيا اذا كان يتعلق بشخص الانسـان كالقوانين المتعلقة بالحـالة والأهلية • وحدد القانون الشخصى بالموطن وجعله يمتـد وراء الشخص • أما القـوانين العينية وهى التى لا تتعلق بالأشخـاص فهى اقليمية أى لا تمتد خارج اقليم الدولة •

كذلك تمسك فقه المدرسة الهولندية بضابط الموطن بالنسبة لمسائل الحالة والأهلية بالرغم من أنه عنى ، على خلاف ما سبقه من مدارس فقهية ، بدراسة تنازع القوانين فى المجال الدولى أيضا ، أى التنازع الذى قد ينشـأ بين قوانين دول مسـتقلة وليس بين قوانين مدن أو مقاطعات • والواقع أن فقه هذه المدرسة كان شديد التأثر بفقه دارجنترية بل كان أكثر تطرفا منه فى الأخذ بفكرة الاقليمية ، اذ كانت هولندا تعتبر الاقليمية أمرا أساسيا للمحافظة على استقلالهـا فى مواجهة الدول الأجنبية لذلك لم يفكر فقهاء المدرسة الهولندية فى العدول عن الأخذ

---

(١) غير أن فريق من الشراح يرى أن تطبيق قانون الموطن بشأن الحالة والأهلية لا يشكل استثناء من مبدأ الاقليمية وانما هو فى حقيقته تطبيق لهذا المبدأ . فضابط الموطن ضابط اقليمى ، اذ هو رابطة بين الشخص واقليم معين . وخضوع الشخص لقانون الموطن انما هو خضوع لقانون الاقليم . راجع فى ذلك الدكتور عز الدين عبد الله ، القانون الدولى الخاص ، الجزء الثانى ( الطبعة السادسة ) فقرة ١٨ ص ٣٣ .

بضابط الموطن بالرغم من مواجهتهم لمشكلة تنازع القوانين فى المجال الدولى ، أى التنازع الذى يثور بين قوانين الدول المختلفة .

كذلك أخضع الفقيه سافينى Savigny فى القرن التاسع عشر حالة الشخص وأهليته لقانون الموطن ، فالموطن لصيق بالفرد وبالتالى يتعين فى رأيه تركيز العلاقات المتعلقة بالشخص ذاته والتى تحدد مركزه القانونى فى هذا الموطن .

وعلى نقيض هذه المدارس الفقهية العديدة التى اعتدت بضابط الموطن فى تحديد القانون الواجب التطبيق على حالة الشخص وأهليته ، ظهر اتجاه مخالف نادى به الفقيه مانشينى Mancini مقتضاه الأخذ بضابط الجنسية بدلا من ضابط الموطن . فقد نادى الفقيه مانشينى بامتداد قانون الجنسية وراء الشخص ليحكم جميع العلاقات القانونية ، وبعبارة أخرى يتعين كقاعدة عامة تطبيق قانون الدولة التى يتبعها الشخص بجنسيته فى كافة مسائل تنازع القوانين ، وقد استند مانشينى فى الأخذ بضابط الجنسية الى أن الدولة انما تضع قوانينها لمصلحة رعاياها وبالتالى يتعين تطبيق هذه القوانين على رعايا الدولة حتى ولو وجدوا خارج الاقليم .

وقد أورد مانشينى على هذا المبدأ استثناءات هامة . ويمكن القول بأن هذه الاستثناءات قد حدت من مجال اعمال قانون الجنسية بحيث أصبح المجال الرئيسى لهذا القانون هو المراكز القانونية المتصلة بالشخص ذاته .

**المفاضلة بين قانون الجنسية وقانون الموطن :**

**١٥٤ ــ** يخلص مما تقدم أن الحالة وكذلك الأهلية ، خضعت منذ نشأة فقه القانون الدولى الخاص ، اما لقانون الموطن أو لقانون الجنسية، باعتبارهما القانون الشخصى Loi personnelle .

وقد ثار الجدل حول مدى صلاحية كل من قانونى الجنسية والموطن لحكم المسائل المرتبطة بمركز الأشخاص ، أى مسائل الحالة والأهلية ومعرفة أى من القانونين أجدر بحكمها ، هل هو قانون الموطن أم هو قانون الجنسية ؟

يذهب فريق من الفقه الى وجوب تفضيل قانون الجنسية على قانون الموطن لحكم مسائل الحالة والأهلية مستندين فى ذلك الى حجج سياسية واجتماعية وعملية •

فهم يرون أن سيادة الدولة ليست بالسيادة الاقليمية فحسب ، أى أنها لا تنصب فقط على اقليم معين ، بل هى سيادة شخصية بمعنى أنها تنصب على الأفــراد كذلك • ومن ثم فكمـــا أن اقليم الدولة يخضع للقوانين التى تصدرها هذه الدولة فان الأشخاص التابعين لجنسية الدولة يخضعون كذلك لقوانين هذه الدولة • وفى اخضاعهم لقانون آخر اعتداء على السيادة التشريعية لدولتهم •

كذلك يرى انصار تطبيق قانون الجنسية أن هذا القانون انما يعبر عن تقاليد المجتمع وتراثه ويعكس طبع هذا المجتمع ومزاجه وأخلاقه Tempérament et mœurs من ثم كان من الأفضل تطبيق قانون كل دولة على الأفراد المنتمين الى مجتمع هذه الدولة باعتباره أقرب القوانين اليهم وأكثرها تعبيرا عن مشاعرهم •

ويضيف أنصار هذا الرأى حجة عملية مقتضاها أن قانون الجنسية أكثر ثباتا من قانون الموطن • فرابطة الجنسية رابطة روحية لا تتـأثر بالتغييرات المادية التى يتأثر بها تحديد الموطن • لذلك فان قانون الجنسية من شأنه أن يكفل للافراد نوع من الاستقرار بالنسبة لمسائل أحوالهم الشخصية والعائلية وهى مسائل تتطلب الاستقرار وعدم التغيير • هذا فضلا عن أن رابطة الجنسية من الوضوح بحيث يمكن عادة الاهتداء اليها بسهولة فى حين أن رابطة الموطن ليست دائما بالرابطة الواضحة المعالم نظرا لقيامها على عناصر معنوية ، كعنصر النية ، وهى عناصر ليس من السهل دائما التعرف عليها •

١٥٥ ــ ويذهب فريق آخر الى وجوب الأخذ بضابط الموطن فى تحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل الحالة والأهلية ويرون أن هذا الضابط يفضل ضابط الجنسية سواء من الناحية السياسية أو الاجتماعية أو العملية •

فمن الناحية السياسية يرى أنصار هذا الرأى أن سـيادة الدولة . بوصفها شـاملة لكل اقليم الدولة تتطلب تطبيق قوانين الدولة على كافة الأفراد المستقرين بهذا الاقليم . اذ أن فى اخضاع هؤلاء الأفراد الى قانون دولة أخرى انتهاك لسيادة الدولة الاقليمية .

كذلك يستند أنصار تطبيق قانون الموطن الى حجة اجتماعية يفندون بها الحجة التى استند اليها أنصار تطبيق قانون الجنسية . فهم يرون أن تأثر الفرد بالمجتمع الذى يعيش فيه Milieu social أقوى من تأثره بمجتمع الدولة الذى ينتمى اليها بجنسيته . فالشخص الذى يستقر فى اقليم دولة ويجعـل منه مركزا لنشـاطه ومقرا لحياته الاجتمـاعية والعائلية يرتبط بمجتمع هذه الدولة ويخضع للأفكار السائدة به ويتطبع بطباعه ، كما ينفصل تدريجيا عن المجتمع الذى ينتمى اليه بجنسـيته ويقل تأثره بعاداته وأخلاقه .

ويضيف أنصار الأخذ بقانون الموطن أن هذا القانون أكثر استجابة لحاجة المعاملات وتوفير الثقة اللازمة لازدهارها . ذلك أن قانون الموطن يكون معروفا من جميع المتعاملين باقليم الدولة كما أن تحديده يقوم على معيار مادى واضح هو الاستقرار . وذلك فى حين أن قانون جنسية الأفراد قد لا يكون دائما من السهل معرفة مضـمونه كما أن تحـديد الجنسية ليس دائما بالأمر الهين نظرا لقيامها على اعتبارات قد لا يعرفها سوى صاحب الشأن كالنسب أو الميلاد باقليم معين . فاذا أردنا تحديد أهلية أطراف عقد ما فانه من السهل الرجوع الى قانون موطنهم ، وهو عادة قانون الاقليم الذى يتم فيه التعامل ، لمعرفة مدى أهليتهم للقيام بالتصرف ، بينما قد يكون من العسير الرجوع الى قوانين جنسـية المتعاقدين اذ قد يتعذر التحقق من هذه الجنسيات أو من مضمون قوانين الدول الأجنبية التى ينتمى اليها المتعاملين . وهذا من شأنه تهديد سلامة المعاملات والاخلال بما تتطلبه من سرعة .

**١٥٦ ــ** والواقع أن ظروف كل دولة هى التى تكفل فى غالب الأحيان بتحديد أى من القانونين هو الواجب الأخذ به فى هذا الصدد . ويمكن القول بصفة عامة أن الدول التى تكثر منها الهجرة قد تجد من مصلحتها الأخذ بقانون الجنسية ؛ وذلك لتكفل عدم اندماج أفراد شعبها بشكل كامل فى مجتمعات الدول التى استقروا بها ولتبقى على الرابطة الروحية

بينها وبين رعاياها فى المهجر • أما الدول التى تزداد اليها الهجرة فانها تجد من الأفضل عادة الأخذ بقانون الموطن وذلك حتى يتسنى لها تطبيق قانونها على كافة الأجانب الذين استقروا بأقليمها وتحقيق التجانس القانونى داخل الأقليم •

كذلك يمكن القول بأن الأخذ بقانون الموطن يتطلب وجود حد أدنى من التجانس القانونى بين دولة الموطن ودولة الفرد • ذلك أن تخلف هذا التجانس يجعل تطبيق الدولة لقوانينها على الأجانب المتوطنين بها أمر غير مقبول • كذلك فانه من العسير تطبيق قانون الموطن فى الدول التى تخضع فيها الأحوال الشخصية للوطنيين لقوانين طائفية متعددة ، اذ سيتعذر حينئذ تحديد القانون الواجب التطبيق على الأجنبى المتوطن باقليم الدولة •

**١٥٧ ــ** وباستقراء ما يجرى عليه العمل فى المجتمع الدولى المعاصر يتضح لنا أن فريقا من الدول قد أخذ بالمبدأ القاضى باعمال ضابط الموطن بالنسبة لحالة الأشخاص وما يتصل بها من مراكز قانونية وبالنسبة لأهليتهم ، ومثال ذلك الدول الانجلو أمريكية ، والدول الاسكندنافية فى غالبيتها • ويذهب فريق آخر من الدول الى الأخذ بضابط الجنسية فى هذا المجال كمبدأ عام ، كما هو الحال بالنسبة للكثير من دول القارة الأوربية وبعض دول أمريكا اللاتينية واليابان[1] ، وقد برزت فكرة تطبيق قانون الجنسية بعد صدور المجموعة المدنية الفرنسية فى أوائل القرن التاسع عشر وانتقلت الى الدول السالفة الذكر تحت تأثير المجموعة المدنية الفرنسية ونتيجة لانتشار أفكار الفقيه مانشينى •

وقد ظهر اتجاه حديث يرمى الى الجمع بين كل من قانونى الجنسية والموطن ، وقد أخذ بهذا الاتجاه مشروع القـانون المدنى الفرنسى ، اذ يقضى باعمال قانون الجنسية بالنسبة للوطنيين كما يقضى فى الوقت

---

(١) انظر فى تعداد هذه الدول Rabel ; The conflit of Laws الجزء الأول ( الطبعة الأولى ) صفحة ٢٥٩ وما بعدها .

وانظر كذلك :

Francescakis; Répertoire de droit international (Encyclopédie Dalloz) Vo Fraude à la loi. فقرة ٢ وما بعدها

ذاته باعمال قانون الموطن بالنسبة للأجانب المستقرين باقليم الدولة . وهو يهدف بذلك ، كما هو واضح ، الى التوسع فى حالات تطبيق القانون الفرنسى ، وذلك باخضاع الأجانب المقيمين باقليم الدولة لهذا القانون ، فضلا عن اخضاع الفرنسيين للقانون الفرنسى أيا كان موطنهم[1] .

**موقف المشرع المصرى :**

١٥٨ - وقد أخضع المشرع المصرى حالة الشخص وما يتصل بها من مراكز قانونية كما أخضع الأهلية كذلك لقانون الجنسية مفضلا اياه على قانون الموطن فى جميع الحالات[2] كذلك توسع المشرع فى تحديد مفهوم فكرة حالة الشخص والمراكز القانونية المرتبطة بها والتى تخضع لقانون الجنسية . فبينما تقتصر الكثير من النظم القانونية على اخضاع المراكز القانونية ذات الصبغة الشخصية البحتة بوصفها لصيقة بالانسان للقانون الشخصى ، أى قانون الجنسية أو الموطن ، نجد أن المشرع المصرى لم يقتصر على تطبيق قانون الجنسية على المراكز القانونية ذات الصبغة الشخصية البحتة بل جعل مجال تطبيق هذا القانون يمتد ليشمل المراكز القانونية والحقوق المالية الناجمة عن الحالة والمتفرعة عن رابطة الأسرة كالميراث والنظام المالى للزوجين[3] .

---

(١) المادة ٢٧ من المشروع الأول للقانون الدولى الخاص الملحق بالقانون المدنى الفرنسى .

(٢) راجع فى الأسباب الاجتماعية والتاريخية التى دعت المشرع المصرى الى الأخذ بقانون الجنسية الدكتور منصور مصطفى منصور ، تنازع القوانين ص ٨٥ وما بعدها .

(٣) وقد أطلق المشرع المصرى على هذه المسائل اصطلاح الأحوال الشخصية . وهو اصطلاح غير دقيق قصد به أصلا تحديد المسائل التى تخضع للقانون الشخصى . وقد كانت المادة ١٣ من القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٧ الخاص بنظام القضاء ( وقد تم الغاؤه بقانون السلطة القضائية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ ) تحدد المقصود بالأحوال الشخصية على أنها « المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم أو المتعلقة بنظام الأسرة كالخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة والمهر والدوطة ونظام الأموال بين الزوجين والطلاق والتطليق والتفريق والبنوة والاقرار بالأبوة وانكارها والعلاقة بين الأصول والفروع والالتزام بالنفقة للاقارب والأصهار وتصحيح النسب والتبنى والولاية والوصاية والقوامة والحجر والاذن بالادارة وبالغيبة وباعتبار المفقود ميتا ، وكذلك المنازعات والمسائل المتعلقة بالمواريث أو الوصايا وغيرها من التصرفات المضافة الى ما بعد الموت » .

وقد نص المشرع على قاعدة عامة لتحديد القانون الواجب التطبيق بشأن حالة الشخص وأهليته فنص في الفقرة الأولى من المادة ١١ من القانون المدنى على أن : « الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسرى عليها قانون الدولة التى ينتمون اليها بجنسيتهم »[١] .

وبعد أن قرر المشرع المبدأ العام القاضى باخضـــاع حالة الشخص وأهليته لقانون الجنسية أتى بأحكام عديدة لتحديد القانون الواجب التطبيق على المراكز القانونية الهامة التى تتحدد بها حالة الشخص فنص على القانون الواجب التطبيق على الزواج ، والقانون الذى يحكم الطلاق والتطليق والانفصال[٢] . كذلك أتى المشرع بأحكام عديدة لبيان القانون الواجب التطبيق على المراكز القانونية التى تنجم عن الحالة أو تعد نتيجة لها كنفقة الأقارب والميراث[٣] . كما نص المشرع على القانون الذى يحكم النظم المتفرعة عن الأهلية كالولاية والوصاية والقيامة[٤] . ولم يخرج المشرع بالنسبة لكافة هذه المسائل عن مبـــدأ تطبيق قانون الجنسية بوصفه القانون الشخصى .

وسنعرض فيما يلى للقانون الذى يحكم الزواج من حيث انعقاده وآثاره وانقضائه ، وكذلك للقانون الذى يحكم النسب وما يترتب عليه من آثار أهمها النفقة ثم نعرض للقانون الذى يحكم الميراث والوصية وكذلك للقانون الذى يحكم الأهلية والنظم المتفرعة عنها .

غير أنه يحسن قبل التعرض لهذه الموضوعات أن نشير الى القانون الذى يحكم حالة الأشخاص المعنوية،اذ أورد المشرع الحكم الخاص بها فى الفقرة الثانية من النص الذى حدد فيه القانون الواجب التطبيق بالنسبة لحالة الأشخاص الطبيعيين .

---

(١) ويلاحظ أن المشرع أغفل ذكر الحـــالة الســـاسية ، وهى جزء من حالة الشخص كما سبق أن بينا .

(٢) المادة ١٢ والمادة ١٣ من القانون المدنى .

(٣) م ١٥ وم ١٧ من القـــانون المدنى . وقد نص المشرع كذلك على خضوع الوصية لقانون الجنسية لاتصالها بنظام الميراث الناجم عن حالة الشخص .

(٤) م ١٦ من القانون المدنى .

### حالة الأشخاص الاعتبارية :

**١٥٩ —** تقضى المادة ١١ فى الفقرة الثانية منها بأنه « أما النظام القانونى للأشخاص الاعتبارية الأجنبية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها ، فيسرى عليه قانون الدولة التى اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز ادارتها الرئيسى الفعلى • ومع ذلك فاذا باشرت نشاطها الرئيسى فى مصر فان القانون المصرى هو الذى يسرى » •

وتشمل فكرة النظام القانونى أو الحالة القانونية للشخص الاعتبارى كل ما يتعلق بتكوين هذا الشخص وتنظيمه وتمتعه بالشخصية المعنوية والتصرف المنشىء له وطريقة تعديل هذا التصرف وما يترتب من أثر قانونى على هذا التعديل ، كما يشمل كذلك كل ما يتعلق بكيفية ادارة الشخص الاعتبارى وطريقة انقضائه[1] •

ويتضح من النص أن المشرع قد أتى بقاعدة عامة مؤداها خضوع النظام القانونى أو الحالة القانونية للشخص الاعتبارى لقانون الدولة التى يوجد بها مركز الادارة الرئيسى الفعلى للشخص الاعتبارى •

وقد سبق أن بينا ونحن بصدد دراسة جنسية الأشخاص الاعتبارية أن معيار مركز الادارة الرئيسى الفعلى هو المعيار الذى تتحدد به جنسية الشخص الاعتبارى فى العديد من النظم القانونية ، كما أنه المعيار الذى اعتد به المشرع المصرى فى رأينا بالنسبة لجنسية الشركات المساهمة[2] •

---

(١) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، الجزء الأول ، صفحة ٢٤٤ .

(٢) انظر فى ذلك مؤلفنا الوجيز فى القانون الدولى الخاص ( الجزء الأول ) .

وانظر كذلك الدكتور جابر جاد عبد الرحمن : تنازع القوانين فقرة ١١٠ .

ويرى فريق من الفقه المصرى ان مركز الادارة الرئيسى انما يمثل موطن الشخص الاعتبارى . انظر الدكتور عز الدين عبد الله : القانون الدولى الخاص الجزء الثانى فقرة ٢١ • والدكتور كمال فهمى : أصول القانون الدولى الخاص فقرة ٢٢ .

١٦٠ ـ والعبرة بمركز الادارة الرئيسى • فقد تتعدد الهيئات القائمة بادارة الشخص الاعتبارى وتكون موزعة بين عدة دول ، كأن ينعقد مجلس الادارة فى مكان بينما تنعقد الجمعية العمومية فى مكان آخر • وقد ثار السؤال بشـأن معرفة أى من هذه المراكز هى التى يعتد بها • وقد حسمت المحكمة الدائمة للعدل الدولى هذا الأمر فى حكمها الصادر فى ٢٥ مايو سنة ١٩٢٦ بشأن بعض المصالح الألمانية بسيليزيا العليا ، فقضت بوجوب الاعتداد بصفة أساسية بمكان اجتماع الجمعية العمومية، اذ أن هذه الجمعية هى فى الواقع الهيئة التى تمارس السلطات العليـا للشخص الاعتبارى ومنها تنبع سلطات مجلس الادارة وكافة الهيئات المشرفة على الشخص الاعتبارى •

كذلك يشترط فى مركز الادارة أن يكون فعليا • فقد يتخذ الشخص الاعتبارى مركزا للادارة لا يعبر عن الرابطة الحقيقية بين الشخص الاعتبارى والدولة ، وذلك رغبة فى التخلص من القيود التى يفرضها قانون الدولة التى يرتبط بها الشخص المعنوى فعلا • وقد حرص المشرع على تلافى هذا الوضع باشتراط أن يكون مركز الادارة فعليا ، أى مرتبطا ارتباطا حقيقيا بالدولة ويباشر وظائفه الرئيسية بها •

١٦١ ـ وقد أتى المشرع المصرى باستثناء هام على هذه القاعدة اذ نص فى م ٢/١١ على أنه « ومع ذلك فاذا باشرت نشاطها الرئيسى فى مصر فان القانون المصرى هو الذى يسرى » •

وعلى ذلك فاذا كان الاقليم المصرى هو مكان الاستغلال أو النشاط الرئيسى للشخص الاعتبارى خضع هذا الشخص للقانون المصرى وذلك حتى ولو كان مركز الادارة الرئيسى الفعلى فى دولة أخرى •

والواقع أن هذا الاستثناء ينطوى كما نوه البعض[١] على ميزتين هامتين : الأولى هى « تخفيفه من غلواء القاعدة العامة فى شأن الاعتداد بقانون مركز الادارة الرئيسى ، بوصفها تعبير عن مصالح الشركات الرأسمالية الكبرى التى تمارس نشاطا اقتصاديا واسـعا فى الدول

---

(١) الدكتور هشام صادق : تنازع القوانين ( الطبعة الثانية ) صفحة ٤٠٨ •

المتخلفة » اذ أن معيار مركز الادارة الرئيسى يحقق المرونة اللازمة لتلبية حاجات هذه الشركات التى تستطيع بسهولة أن تضع مجلس ادارتها فى المكان الذى يلائمها .

أما الميزة الثانية للاستثناء فهى أنه « يسد الطريق فى وجه احتمالات التحايل على أحكام القانون المصرى عندما يباشر المشروع نشاطه الرئيسى فى مصر » . فقد يتخذ الشخص المعنوى مركزا لادارته فى الخارج بالرغم من كون نشاطه الحقيقى فى مصر بقصد التحايل على أحكام القانون المصرى . ففى هذه الحالة يخضع الشخص المعنوى لأحكام القانون المصرى بالرغم من عدم وجود مركز ادارته بمصر تأسيسا على أن مصر هى مركز الاستغلال الرئيسى .

ولا يكفى أن تكون مصر مركزا من مراكز نشاط الشخص الاعتبارى ، بل يتعين لاعمال الاستثناء أن تكون مصر مركز النشاط الرئيسى لهذا الشخص ذلك « لأنه من الجائز أن يكون النشاط الرئيسى للأشخاص الاعتبارية الأجنبية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها فى عدة دول ويختلف على القانون الذى يراد تطبيقه . والمراد اخضاع مثل هذه الشركات أو المؤسسات الى حكم القانون المصرى اذا كانت تباشر نشاطها الرئيسى فى مصر »[٢] .

---

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، الجزء الأول ، صفحة ٢٤٥ .

# الفصل الأول

## الزواج

**تحديد فكرة الزواج :**

**١٦٢ — الزواج هو اتفاق يتم بين رجل وامرأة وفقـا للأوضاع المقررة قانونا بقصد تأسيس أسرة شرعية .**

**ويرتب القانون على رابطة الزوجية العديد من الحقوق والواجبات بالنسبة لكل من الزوجين .**

**ويتميز الزواج فى الشريعة الاسلامية بكونه رابطة يمكن أن تتعدد ويمكن أن تنحل بارادة الزوج وحده . غير أنه يتعين على القاضى المصرى عند تحديده لفكرة الزواج فى العلاقات ذات الطابع الدولى عدم التقيد بهاتين الخاصتين والأخذ بجوهر فكرة الزواج فى ذاته بمفهومه العـام المتعارف عليه فى مختلف الدول .**

**ولمـا كان الزواج يعد من أهم الروابط القانونية التى تحدد مركز الشخص من أسرته ، فقد حرص المشرع فى مصر على تنظيمه بقواعد** اسناد خاصة تشمل الجوانب المختلفة للعلاقة الزوجية من نشأتها حتى انقضائها . فلم يكتف المشرع بالنص على قاعدة الاسناد الخاصة بانعقاد الزواج ، بل نص أيضا على قاعدة اسناد تبين القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج وأخرى تبين القانون المختص بانقضاء رابطة الزوجية .

وسنتناول فى مبحث أول دراسة قاعدة الاسناد فى مجال انعقاد الزواج ثم نتناول فى مبحث ثان بيان قاعدة الاسناد الخاصة بآثار الزواج ثم نعرض فى مبحث ثالث لقاعدة الاسناد المتعلقة بانقضـاء رابطـة الزوجية .

## المبحث الأول

## فى تحديد القانون الذى يحكم انعقاد الزواج

١٦٣ ـ من المعلوم ان التصرفات الارادية تتضمن عادة نوعين من الشروط ، شروط موضوعية وشروط شكلية • ولما كان الزواج تصرفا اراديا فانه من الطبيعى تضمنه لهذين النوعين من الشروط • وقد حرص المشرع المصرى على النص صراحة على قاعدة الاسناد التى يتحدد بمقتضاها القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج • أما بالنسبة للشروط الشكلية للزواج فقد اكتفى المشرع بقاعدة الاسناد التى نص عليها فى مجال تحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية للتصرفات القانونية بصفة عامة •

ولما كانت قاعدة الاسناد الخاصة بالشروط الموضوعية للزواج تختلف عن تلك الخاصة بالشروط الشكلية للزواج فانه يتعين ، اذا ما أثير نزاع متعلق بشروط انعقاد الزواج ، معرفة ما اذا كان الشرط محل النزاع يعد من الشروط الشكلية أم من الشروط الموضوعية ، وذلك حتى يتسنى تحديد قاعدة الاسناد الواجبة التطبيق وبعبارة أخرى فانه يتعين تكييف الشرط محل النزاع لمعرفة ما اذا كان من الشروط الشكلية أم الموضوعية •

### المطلب الأول

### فى تكييف شروط انعقاد الزواج

١٦٤ ـ نص المشرع المصرى صراحة كما سبق أن أوضحنا على خضوع التكييف اللازم لتطبيق قاعدة الاسناد لقانون القاضى ، أى للقانون المصرى • ومن المعلوم أن النظام القانونى المصرى يتضمن العديد من الشرائع الداخلية التى تنظم الزواج • وتعد الشريعة الاسلامية الشريعة العامة الواجبة التطبيق بالنسبة للمسلمين وكذلك بالنسبة لغير المسلمين اذا لم تتوافر بالنسبة لهم شروط تطبيق شريعتهم الخاصة • كذلك يوجد الى جانب الشريعة الاسلامية عددا من الشرائع

الطائفية والمليـة سمح المشرع بتطبيق أحكامها على أفراد الطائفة والملة فى مجال الزواج ٠

وباستعراض مختلف الشروط التى تتطلبها الشريعة الاســلامية لانعقاد الزواج يمكن القول أن هذه الشروط جميعها تعد من قبيـل الشروط الموضوعية[1] ، فالشروط المتعلقة بوجود الارادتين وتطابقهما كوجوب كون العاقدين مميزان وكاتحاد مجلس الايجاب والقبول وعدم رجوع الموجب قبل القبول تعد من الشروط الموضوعية ٠ كذلك يعتبر من الشروط الموضوعية كل ما يتعلق بمحل العقد أى صلاحية المرأة لأن تكون محلا للعقد وكونها غير محرمة على من يريد الزواج منها ٠ ويعتبر من الشروط الموضوعية أيضا شروط النفاذ وهى أن يكون لمن تولى انشاء العقد ولاية انشائه ، كما يدخل ضمن هذه الشروط أيضا شروط اللزوم كشرط ألا تزوج البالغة العاقلة نفسها من غير كفء وشرط ألا يقل المهر عن مهر المثل اذا زوجت البالغة العاقلة نفسها دون اشتراك الولى[2] ، ويمكن فى الواقع رد مختلف الشروط التى تقضى بها الشريعة الاسلامية الى فئتين رئيسيتين ، الفئة الأولى تتصل برضاء أطراف الزواج أنفسهم أو برضاء من له الولاية عليهم والفئة الثانية تتعلق بانتفاء موانع الزواج٠ ولم تتطلب الشريعة ضرورة عقد الزواج وفقا لطقوس دينية معينة ٠

أما الشرائع الغير اســلامية التى تطبق فى مصر فمنها ما يتضمن بجوار هاتين الفئتين من الشروط الموضوعية فئة ثالثة وهى تلك المتعلقة بشرط ابرام الزواج أمام جهة دينية خاصة ٠ وفى هذه الحالة لا ينعقد الزواج صحيحا الا بتدخل رجل الدين عن طريق قيامه بطقوس معينة ٠ وهذه الطقوس ليست مجرد صورة يظهر فيها اتفاق الطرفين وانما تعد شرطا جوهريا لا ينشأ الزواج دون تحققه[3] ٠

---

(١) قارن الأستاذ محمد ابو زهرة : عقد الزواج وآثاره صفحة ٨٨ وما بعـدها ٠

(٢) الأستاذ ابو زهرة : الأحوال الشخصية ( قسم الزواج ) ص ٣٦ وما بعدها ٠ وقارن الدكتور احمد مسلم : بطلان الزواج وانحلاله ( مجلة القانون والاقتصاد السنة الثلاثين العدد الثانى ص ٢٦٥ ) ٠

(٣) انظر الدكتور أحمد سـلامة : الأحوال الشـخصية للوطنيين غير المسلمين والأجانب ص ٤١٣ ٠

١٦٥ — وعلى ذلك فاذا ما أراد القاضى المصرى تكييف الشروط محل النزاع لتحديد ما اذا كانت تعد من الشروط الموضوعية أو الشكلية تعين عليه فى رأينا أولا تحديد الطائفة الدينية التى ينتمى اليهـا أطراف الزواج • فاذا كان طرفا العلاقة ينتميان الى طائفة وملة واحدة وكانت من بين تلك التى تطبق شريعتها على المصريين غير المسلمين وفقا لنص المادة ٦ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥[1] ، ففى هذه الحالة يتعين الرجوع الى هذه الشريعة لتحديد الطبيعة القانونية للشرط محل النزاع فاذا كان الشرط يعتبر فى نظر هذه الشريعة من الشروط الموضوعية التى لا ينعقد العقد دون توافرها وجب اعتباره كذلك وخضع لقاعدة الاسناد الخاصة بالشروط الموضوعية • أما اذا كان طرفا العلاقة من المسلمين أو كانا مختلفى الملة أو الطائفة فحينئذ يتعين الرجوع فى تحديد ما اذا كنا بصدد شرط موضوعى أو شرط شكلى الى أحكام الشريعة الاسلامية مع تفسيرها بالمعنى الواسع حتى يتلاءم مع واقع العلاقات ذات الطابع الدولى •

ويعتبر بدء القاضى بتحديد الطائفة الدينية التى ينتمى اليها أطراف النزاع فى رأينا أمرا جوهريا فيما يتعلق بتكييف شروط انعقاد الزواج • وتظهر هذه الأهمية بصفة خاصة بالنسبة للحالة التى يكون فيها الشرط محل النزاع هو وجوب اجراء الزواج وفقا لمراسيم دينية معينة • فابرام الزواج وفقا لمراسيم دينية يعد ، كما سبق أن أوضحنا ، من الشروط الموضوعية وفقا لبعض الشرائع المعمول بها فى مصر كما يعد كذلك فى بعض النظم القانونية الأجنبية كالنظام اليونانى • فى حين أنه يعد فى الشريعة الاسلامية وبعض النظم الأجنبية كالنظام القانونى الفرنسى من الشروط الشكلية[2] •

---

(١) وتقضى هذه المـادة بأنه « بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالأحـوال الشخصية للمصريين غير المسلمين ، والمتحدى الطائفة والملة الذين لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور هذا القانون ، فتصدر الأحكام فى نطاق النظام العام طبقا لشريعتهم » .

(٢) قارن Rabel المرجع السابق ص ٢٦٣ وما بعدها ، وانظر كذلك مقال الأستاذ Maridakis منشور فى سنة Revue critique ١٩٥٢ ص ٦٦١ .

١٦٦ — وتجرى الفقه المصرى على اعتبار شرط ابرام الزواج وفقا لطقوس دينية معينة من الشروط الشكلية تأسيسا على أن نظام الزواج فى الشريعة الاسلامية نظاما مدنيا مجردا من الطابع الدينى[1] .

ويبدو لنا عدم امكان مجاراة الرأى الغالب فى الفقه المصرى على اطلاقه . فالنظام المصرى نظام مركب يضم الشريعة الاسلامية وهى الشريعة العامة كما يضم عدة شرائع ملية . واذا كان الزواج نظاما مدنيا فى الشريعة الاسلامية فهو ليس كذلك لدى كافة الشرائع الملية . ومن ثم يتعين على القاضى أن يحدد أولا الشريعة الداخلية التى ينتمى اليها أطراف العلاقة محل النزاع . فاذا كانت شريعة هذه الطائفة تعتبر ابرام الزواج وفقا لمراسيم دينية معينة من الشروط الموضوعية ، فليس هناك ما يبرر فى رأينا الخروج على هذا التكييف ، فهذه الشريعة تعتبر جزءا من النظام القانونى المصرى الذى يتعين رجوع القاضى اليه فى التكييف .

## المطلب الثـانى

### قاعدة الاسناد الخاصة بالشروط الموضوعية للزواج
### تطبيق قانون كل من الزوجين

١٦٧ — تقضى المـادة ١٢ من القانون المدنى بأنه « يرجع فى الشروط الموضوعية لصحة الزواج الى قانون كل من الزوجين » ولم تحدد المـادة

---

(١) قارن Batiffol : Droit international privé ; الطبعة الخامسة ) فقرة ٤٢٠ والأحكام المشار اليها فيه .

(٣) راجع الدكتور جابر جاد : تنـازع القوانين فقرة ١١٥ والدكتور عز الدين عبد الله ، القـانون الدولى الخاص ( الجـزء الثانى ) الطبعة السادسة ص ٢٤٧ ، والدكتور منصور مصطفى منصور : تنازع القوانين ص ٢٠٩ ، والدكتور كمال فهمى ، أصول القانون الدولى الخاص فقـرة ٣٠٥ أما القضاء المصرى فقد ذهب تارة الى تكييف هذا الشرط على أنه من الشروط الموضوعية انظر حكم محكمة استئناف الاسـكندرية الصـادر فى ١٩ ابريل سنة ١٩٥٠ ( منشـور فى المجلة المصرية للقانون الدولى ١٩٥٠ ص ٢٣٦ ) وكذلك حكم محكمة استئناف الاسكندرية الصادر فى ٢٥ ديسـمبر سنة ١٩٥١ ( والمنشور بذات المجله سنة ١٩٥٢ ص ١٥٤ ) وذهب تارة اخرى الى تكييفه على أنه من الشروط الشكلية ( انظر حكم محكمة القاهرة الابتدائية فى ٥ يناير سنة ١٩٥٤ منشور بمجلة التشريع والقضاء السنة السادسة عدد ١٧ ص ٣٢٠ والأحـكام المذكورة بمقال الدكتور عز الدين عبد الله عن اتجاهات القضاء مجلة القانون والاقتصاد السنة ٢٤ ص٦٠ ) .

الوقت الذى يعتد به بقانون كل من الزوجين ، غير أنه من المفهوم بداهة أن العبرة بوقت انعقاد الزواج باعتباره الوقت الذى يتعين فيه توافر الشروط الموضوعية اللازمة لانعقاد الزواج صحيحا[1] .

والحكمة من اشتراط الرجوع لقانون كل من الزوجين واضحة . ذلك أن الزواج يؤدى الى خلق رابطة قانونية جديدة بين شخصين مستقلين ومنفصلين عن بعضهما البعض ومن ثم فمن المنطقى أن يؤخذ فى الاعتبار عند انشاء هـذه الرابطة قانون دولة كل من الطرفين اللذين يريدان الدخول فى العلاقة .

**١٦٨** — ولا يخلو الأمر عند تطبيق هذه القاعدة من أحد فرضين : الفرض الأول هو أن يكون الزوجان من جنسية واحدة . وفى هذه الحالة لا تثور أية صعوبة فى تحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج اذ سيخضع الزواج فى هذه الحالة لقانون الجنسية المشتركة للزوجين .

اما الفرض الثـانى فهو الذى ينتمى فيه الزوجان الأجنبيان الى جنسيتين مختلفتين . وحينئذ يثور السؤال عن المقصـود باصطلاح « قانون كل من الزوجين » .

ذهب فريق من الفقه فى بادىء الأمر الى أن المقصـود هو أن يتم تحديد الشروط الخاصة بكل زوج وفقا للقانونين معا وهذا ما يعرف بالتطبيق الجامع لقانون كل من الزوج والزوجة[2] .

فوفقا لهذا التطبيق الجامع لا ينعقد الزواج صحيحا الا اذا كان كل من القانونين يعتبره كذلك تأسيسا على أن المقصود من قاعدة الاسناد

---

(١) وقد رات لجنة تعديل القانون المدنى ان تضيف الى هذا النص عبارة « وقت الزواج » زيادة فى الايضاح لبيان الوقت الذى يعتـد به فى تحديد القانون الواجب التطبيق ويجدر ان ننوه بأن فريقا من الدول كالدول الانجلو امريكية يستثنى انعقاد الزواج من تطبيق القانون الشخصى ( وهو قانون الموطن بالنسبة لهذه الدول ) ويخضع شروط هذا الانعقاد لقانون محل ابرام الزواج . وذلك باستثناء شرط أهلية المتعاقدين الذى يظـل خاضعا للقانون الشخصى . انظر فى تفاصيل ذلك وفيما قد يترتب على ذلك من تحايل : Wolff : private international law ص ٣٣١

(٢) application cumulative انظر ما سبق أن ذكرناه آنفا بشأن كيفية اعمال ضابط الاسناد .

فى هذه الحالة هو حماية رابطة الزوجية ذاتها . وتلافى قيامها صحيحة فى نظر دولة أحد الزوجين وغير صحيحة فى نظر دولة الزوج الآخر[1] .

والواقع أن التطبيق الجامع لكل من القانونين من شأنه من الناحية العملية اهدار القواعد الأكثر تساهلا والاقتصار على اعمال القواعد الأكثر تشددا بالنسبة لكل من الزوجين . ومن الواضح أن تطبيق القواعد الأكثر تشددا فى قانون الزوجين لا يتفق مع مفهوم تطبيق قانون كل من الزوجين . لذلك يميل الفقه الحديث الى تطبيق قانون كل من الزوجين موزعا [2] بمعنى أنه يكفى لانعقاد الزواج صحيحا أن يتوافر فى كل من الزوجين الشروط التى يتطلبها قانونه فقط دون الاعتداد بتلك التى يقضى بها قانون الزوج الآخر وذلك تأسيسا على أن كل مشرع يهدف بالدرجة الأولى الى حماية مواطنيه[3] ، وعلى ذلك يكفى أن تتوافر فى كل زوج على حدة الشروط التى يتطلبها قانونه بشأن الشروط الموضوعية للزواج .

غير أنه يوجد بجوار هذه الشروط ذات الطابع الايجابى شروط أخرى ذات طابع سلبى وتكون صيغتها صيغة المنع[4] لذلك يمكن تسميتها بموانع الزواج ومثال ذلك القرابة من درجة معينة أو الاشتراك فى جريمة الزنا .

وهذه الشروط تتصل بجوهر الزواج ذاته ، ولا يمكن أن تتحقق بالنسبة لأحد الزوجين دون أن تمس الطرف الآخر ، فهى تتعلق بنظام

---

(١) راجع فى هذا المعنى Poullet : Manuel de droit international privé belge فقرة ٣٩٢ .
انظر حكم محكمة النقض البلجيكية الصادر فى ١٩٥٣/٥/١٦ والمنشور فى : Revue critique : سنة ١٩٥٣ ص ٩٨ وكذلك حكمها الصادر فى ١٩٥٥/٢/١٦ ( منشور فى Clunet سنة ١٩٥٥ ص ٩٣٠ ) وقد اخذ الفقه الفرنسى القديم بهذا الرأى . راجع Batiffol, traité ( الطبعه الرابعة ) فقرة ٣٨٨ صفحة ٤٣٦ وما بعدها .

(٢) Application distributive

(٣) راجع : Niboyet, Traité الجزء الخامس ص ٣١٧ ( الطبعة الرابعة ) ص ٤٣٧ وانظر كذلك الدكتور عز الدين عبدالله المرجع السابق ص ٢٤٩ والدكتور منصور مصطفى منصور المرجع السابق ص ٢٠١ والدكتور هشام صادق ، تنازع القوانين ( الطبعة الأولى ) ص ٣٥٣ .

(٤) انظر رسالة الدكتور بطرس وديع كساب : تنازع القوانين فى انعقاد الزواج وانحلاله ص ١٩١ .

الزواج كوحدة لا تتجزأ لذلك يتعين بالنسبة لها تطبيق قانون الزوج وقانون الزوجة معا .. فيكفى أن يتضمن أحد القانونين النص على هذا المانع لكى لا ينعقد الزواج صحيحا[1] .

غير أن القاضى المصرى لا يعتد بالمانع الوارد فى القانون الأجنبى اذا كان يتعارض مع النظام العام فى مصر . فاذا كان قانون أى من الزوجين يعتبر اختلاف اللون أو الجنس مانعا لانعقاد الزواج ، فان القاضى المصرى لا يعتد بما يقضى به القانون الأجنبى فى هذا الصدد لمخالفته لمبدأ المساواة الذى يعتبر من الأسس التى يقوم عليها المجتمع المصرى .

والواقع أن فكرة النظام العام تلعب دورا هاما فى مجال الشروط الموضوعية للزواج بشكل عام . ويظهر مجال هذه الفكرة بشكل واضح فيما يتعلق بالزيجات التى يكون أحد أطرافها مسلما اذ يتعين حينئذ استبعاد حكم القانون الأجنبى الذى يتعارض مع أحكام الشريعة الاسلامية . فاذا كان القانون الأجنبى يبيح زواج المرأة المسلمة بغير مسلم مثلا ، فانه يتعين استبعاد هذا الحكم لتعارضه مع أحكام الشريعة التى تمنع عقد مثل هذا الزواج . وعلى العكس من ذلك فاذا كان القانون الأجنبى يشترط عدم تعدد الزوجية . وكان الزوج مسلما فانه يتعين استبعاد هذا الشرط والسماح بانعقاد الزواج الثانى .

## المطلب الثالث

## قاعدة الاسناد الخاصة بالشروط الشكلية

### امكان اعمال أكثر من ضابط اسناد

**١٦٩ —** أشرنا الى أن تحديد ما يعتبر من الشروط الشكلية للزواج هو مسألة تكييف تخضع للقانون المصرى باعتباره قانون القاضى ، ويمكن

---

(١) وقد لا يتم انعقاد الزواج صحيحا كذلك حتى بالنسبة للحالة التى يتصل فيها المانع بأحد الزوجين دون الآخر كما لو كان قانون احد الزوجين يقضى بمنع الزواج بسبب بعض الامراض ، وتحقق هذا المانع فى الزوج الآخر الذى لاينص قانونه على هذا المانع ذلك ان مثل هذه الموانع وان كانت فى ظاهرها تتصل بأحد الزوجين دون الآخر ، الا انها فى حقيقتها مزدوجة الجانب Zweizeitig يسرى اثرها بالنسبة لطرفى العلاقة Kegel : Internationales Privatrechs انظر فى ذلك ص ٢٦٥

القول اجمالا بأن المقصود بالشروط الشكلية للزواج هو الأوضاع اللازمة لاظهار الارادة ، وكذلك الأوضاع اللازمة لاثبات التصرف وعلانيته • وقد عرضنا لمشكلة تكييف شرط ابرام الزواج فى شكل دينى معين وخالفنا الاتجاه السائد فى الفقه المصرى من اعتبار هذا الشرط شرطا شكليا فى جميع الأحوال •

وقد كان المشروع التمهيدى للقانون المدنى الحالى يتضمن نصا يقضى بأنه :

« أما من حيث الشكل فيعتبر الزواج صحيحا ما بين أجنبين أو ما بين أجنبى ومصرى اذا عقد وفقا لأوضاع البلد الذى تم فيه أو اذا روعيت فيه الأوضاع التى قررها قانون كل من الزوجين » ( المـادة ٢٨ فقرة ثانية ) • غير أن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ حذفت النص المذكور وبررت الحذف بالاكتفاء فى هذا الصدد بالقواعد العامة[1] •

وتفسر غالبية الفقه المصرى القواعد العامة فى هذا الصدد على أنها قواعد الأشكال الخاصة بالتصرفات القانونية بصفة عامة وهى القواعد التى تضمنتها المادة ٢٠ من القانون المدنى • وهذه المادة كما سنرى بالتفصيل عند دراستنا لشكل التصرفات القانونية تقرر جواز ابرام التصرف وفقا للشكل المقرر فى أحد قوانين أربعة هى قانون محل الابرام والقانون الذى يحكم الموضوع وقانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين وقانون موطنهما المشترك[2] • وقد سـبق أن رأينا أن القانون الذى

---

(١) محموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى الجزء الأول ص ٢٥٠ و ٢٥٢ •

(٢) وقد ذهب الدكتور عز الدين عبدالله الى وجوب استخلاص مفهوم القواعد العامة فى شكل الزواج من القانون المقارن وليس من حكم المـادة ٢٠ تأسيسا على أن المشروع لم يبرر حذفه للمادة المذكورة بالاكتفاء بحكم المادة ٢٠ الخاصة بالتصرفات القانونية عموما ، وانما برره بالاكتفاء « بالقواعد العامة » أى القواعد العامة بشأن عقد الزواج بالذات ، وهو يرى أن هذه القواعد العامة تقرر اخضاع شكل الزواج لقانون محل ابرامه كما تقرر كذلك فى غالبية الدول اخضاعه لقانون جنسية كل من الزوجين • غير أن الدكتور عز الدين عبد الله يرى أهمية اختلافه عن الراى السائد فى الفقه محدودة وتنحصر فى معرفة ما اذا كان يجوز ابرام الزواج فى الشكل المقرر فى قانون موطن المتعاقدين وهذا التساؤل بدوره تضعف أهميته نظرا لأن الغالب هو أن يكون قانون موطن المتعاقدين هو نفس قانون محل ابرام العقد • انظر الدكتور عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ص ٢٦٣ وما بعدها •

بحكم موضوع الزواج هو قانون جنسية كل من الزوجين ، ولذلك فان القوانين التى يمكن أن تخضع لها شكل الزواج تنحصر فى حقيقة الأمر فى ثلاث باعتبار أن قانون الجنسية المشتركة يدخل ضمن القانون الذى يحكم الموضوع ، وهذا الأخير يقضى بتطبيق قانون الجنسية المشتركة على الزوجين اذا اتحدت جنسيتهما ، وان اختلفت تعين الرجوع الى الشكل المقرر فى قانون كل من الزوجين .

ويخضع اثبات الزواج للقانون الذى تم خضوع الشكل له . فاذا تم ابرام الزواج وفقا لقانون محل الابرام اعتد بالدليل الذى يقرره هذا القانون واذا تم ابرامه وفقا لقانون الجنسية اعتد بالدليل الذى يقرره هذا القانون . وكذلك فانه اذا خضع الشكل لقانون الموطن تعين الاعتداد بالدليل الذى يقرره هذا القانون .

ولا يخلو الأمر من الناحية العملية من أحد فرضين . فالزواج اما أن ينعقد فى مصر ويراد الاحتجاج به فى مصر واما أن يبرم فى الخارج ويراد الاحتجاج به فى مصر .

وسنعرض لكل من هذين الفرضين فى ضوء قاعدة الاسناد المتعددة الضوابط .

**١ — الفرض الأول : ابرام الزواج فى مصر والاحتجاج به فى مصر :**

**القاعدة الأولى : وجوب توافر الشروط الشكلية المنصوص عليها فى القانون المصرى بوصفه قانون محل الابرام :**

**١٧٠ —** لم يتضمن التشريع المصرى قبل ١٩٤٧ النص على الجهة التى تختص بابرام عقود الزواج المشتملة على عنصر أجنبى ، أى تلك التى تتم بين الأجانب بعضهم وبعض أو بين الأجانب والوطنيين .

ولما كان النظام القانونى المصرى فيما يتعلق بالزواج نظام مركب يحتوى على الشريعة الاسلامية بوصفها الشريعة العامة فى البلاد كما يتضمن مجموعة من الشرائع الملية كما سبق أن أوضحنا ، فقد ترتب على ذلك أن الشكل المحلى كان ينحصر اما فى الشكل المقرر فى الشريعة

الاسلامية[1] ، وذلك بالنسبة للأجانب المختلفى الديانة أو المذهب ، أو المسلمى الديانة ، واما فى الشكل المقرر فى احدى الشرائع الملية المطبقة فى مصر اذا كان طرفى العقد ينتميان الى ذات الشريعة الملية[2] .

وبصدور قانون التوثيق رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧ والمعمول به ابتداء من أول يناير سنة ١٩٤٨ خرج من اختصاص المحاكم الشرعية سلطة ابرام عقود الزواج بين غير المسلمين من مصريين وأجانب وأصبح ابرامها من اختصاص مكاتب التوثيق[3] باعتبارها تمثل الشكل المدنى . وبذلك أصبح من الممكن اخضاع زواج الأجانب أو الأجانب والمصريين الى احدى جهات ثلاث بوصفها تمثل الشكل المحلى . الجهة الأولى هى المحاكم الشرعية وذلك فيما يتعلق بالأجانب المسلمين والجهة الثانية هى الجهة التابعة للطوائف الدينية الغير اسلامية وذلك فيما يتعلق بالأجانب المنتمين اليها والجهة الثالثة هى مكاتب التوثيق وهى تختص بابرام عقود زواج الأجانب غير المسلمين سواء اتحدوا ملة أو اختلفوا .

وبالغاء المحاكم الشرعية والمحاكم الملية قام المشرع باعادة تنظيم الجهات التى تختص بابرام الزواج فى مصر فأورد تعديلاً على قانون التوثيق السالف الذكر وذلك بالقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ التى تقضى المادة الأولى منه بأنه « تتولى المكاتب ( أى مكاتب التوثيق ) توثيق جميع المحررات وذلك فيما عدا عقود الزواج واشهادات الطلاق والرجعة والتصادق على ذلك الخاصة بالمصريين المسلمين والمصريين غير المسلمين المتحدى الطائفة والملة ويتولى عقود الزواج والطلاق بالنسبة الى المصريين غير المسلمين والمتحدى الطائفة والملة موثقون منتدبون يعينون

---

(١) وقد حكمت محكمة مصر المختلطة فى ٩ يونيو سنة ١٩١٩ بصحة زواج ابرام بين فرنسى وفرنسية امام القاضى الشرعى باعتباره قد تم وفقا للشكل المقرر فى بلد الابرام. (منشور فى الجازيت العدد التاسع ص ١٧١)

(٢) راجع الدكتور عبد المنعم رياض : مبادىء القانون الدولى الخاص ص ٤٠٥ والحكم المشار اليه فيه

(٣) تقضى المادة ٣ من القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧ بانه «تتولى المكاتب (أى مكاتب التوثيق) ، توثيق جميع المحررات ، عدا ما كان منها متعلقا بالوقف أو بالأحوال الشخصية ، ومع ذلك توثق بهذه المكاتب المحررات المتعلقة بالأحوال الشخصية بالنسبة الى غير المسلمين ، وقد افتى مجلس الدولة بأن نص هذه المادة يخرج من اختصاص المحاكم الشرعية توثيق عقود زواج غير المسلمين .

بقرار من وزير العدل » كذلك تنص المادة ١١ من لائحة المأذونين الصادرة فى ٤ يناير سنة ١٩٥٥ على أنه : « لا يجوز للمأذون أن يوثق عقد الزواج اذا كان أحد الطرفين فيه غير مسلم أو أجنبى الجنسية » •

كذلك تقضى المادة ٤ من لائحة الموثقين المنتدبين على أنه « لا يجوز للموثق المنتدب أن يوثق غير عقود الزواج والرجعة والطلاق والتصادق على ذلك الخاصة بالأشخاص المصريين المتحدى الطائفة والملة التابعين للجهة الدينية التى يقوم بالتوثيق لها » •

ويتضح من هذه المواد أن مكاتب التوثيق أصبحت هى الجهة المحلية الوحيدة المختصة بابرام الزواج بين الأجانب والمصريين سواء كانوا مسلمين أم غير مسلمين • وسواء كانوا متحدين أم غير متحدين فى الملة •

وعلى ذلك فلا يجوز ابرام الزواج بين الأجانب غير المسلمين أمام الجهة الدينية التابعين لها باعتبارها من الجهات التى تمثل الشكل المحلى • فهذه الجهات لم تعد تملك سلطة ابرام الزواج حتى بالنسبة للمصريين غير المسلمين أنفسهم •

أما بالنسبة للشكل العرفى الاسـلامى وهو الذى يتم فيه الزواج بالرضا والقبول وحضورها شاهدين فيرى الفقه أنه يجوز للأجانب ابرام زواجهم فيه بوصفه شكلا محليا[1] • غير أنه لن يسمح فى هذه الحالة بسماع دعوى الزوجية عند الانكار نظرا لعدم ثبوت الزواج بوثيقة رسمية • ولا سبيل أمام أطراف الزواج للاحتجاج به أمام القضـاء فى مصر غير ابرام الزواج أمام مكاتب التوثيق اذ هى الجهة الرسمية الوحيدة صاحبة الاختصاص •

**القاعدة الثانية : وجوب توافر الشروط الشكلية المقررة فى قانون كل من الزوجين :**

كذلك يجوز للأجانب الزواج فى مصر وفقا للشكل المقرر فى قانون جنسيتهما •

---

(١) انظر فى ذلك الدكتور منصور مصطفى منصـور ، المرجع السـابق ص ٢٢١ •

فاذا كانا ينتميان الى جنسية واحدة وتطلب قانون هذه الجنسية ابرام الزواج فى الشكل الدينى • فاذا تم ابرامه أمام جهة دينية فى مصر • عد صحيحا من الناحية الشكلية باعتباره تطبيقا للقاعدة التى يقضى بها قانون جنسية الزوجين وذلك بالرغم من أن الشكل الدينى لم يعد يمثل الشكل المحلى فى مصر •

واذا كان قانون جنسية الزوجين يتطلب شكلا مدنيا ، فانه يجوز ابرام الزواج فى الشكل المطلوب اذا أمكن تحقيقه فى مصر •

وقد جرت العادة على أن تسمح الدولة لممثليها الدبلوماسيين أو القنصليين فى الخارج بابرام الزواج بين رعاياها • فاذا كانت الدولة الأجنبية تجيز لممثليها اجراء الزواج فى مصر فان هذا الزواج يعتبر صحيحا وفقا للقانون المصرى • ذلك أن الشكل القنصلى أو الدبلوماسى يعد من الأشكال التى يقضى بها قانون الجنسية فى هذه الحالة •

وأما اذا كان الزوجان ينتميان الى جنسيتين مختلفتين • فيتعين لانعقاد الزواج صحيحا شكلا أن يتم ابرامه وفقا للشروط التى يتطلبها قانون جنسية الزوج وابرامه مرة ثانية وفقا للشروط التى يتطلبها قانون جنسية الزوجة • فمثلا يتعين ابرامه أمام الممثل الدبلوماسى أو القنصلى لكل من دولة الزواج ودولة الزوجة •

**القاعدة الثالثة : وجوب توافر الشروط الشكلية المقررة فى القانون المصرى باعتباره قانون الموطن المشترك :**

**١٧١** — لم يتضمن القانون المصرى نصا خاصا بالأجانب المتوطنين فى مصر ، وعلى ذلك يتعين التسوية بينهم وبين أى أجنبى غير متوطن فيما يتعلق بابرام الزواج فى مصر فتسرى بالنسبة لهم القاعدة الخاصة بالشكل المحلى على التفصيل الذى رأيناه •

**٢ — الفرض الثانى : ابرام الزواج فى الخارج والاحتجاج به فى مصر:**

**القاعدة الأولى : وجوب توافر الشروط الشكلية المقررة فى قانون محل الابرام :**

١٧٢ — اذا ما تم ابرام زواج الأجانب فى الشكل المحلى فى الخارج فان هذا الزواج يعتبر صحيحا من حيث الشكل وفقا لقاعدة الاسناد المصرية •

أما اذا أبرم المصريون زواجهم فى الخارج فى الشكل المحلى ، فانه بالرغم من أن القاعدة هى خضوع شكل الزواج لقانون بلد ابرامه ، الا أن تطبيقها ليس مطلقا بالنسبة لزواج المصريين المسلمين • ذلك أنه اذا كان الشكل المحلى شكلا دينيا فانه لا يجوز ابرام الزواج فيه اذا كان أحد الزوجين أو كلاهما مسلما • كذلك يثور السؤال بشأن الحالة التى يكون فيها الشكل المحلى مدنيا ولكن غير مستوف لشرط وجـود الشاهدين الذى تتطلبه الشريعة الاسلامية فى هذه الحالة ، ويتحفظ البعض بالنسبة لامكان افراغ زواج المسلمين فى الشكل المدنى فى هذه الحالة[1] • غير أنه يبدو لنا امكان افراغ هذا الزواج فى الشكل المدنى فى الخارج دون اشتراط توافر شهادة الشهود طالما أن العلانية التى يهدف اليها هذا الشرط قد توافرت فى هـذا الشكل[2] •

**القاعدة الثانية : وجوب توافر الشروط الشكلية المقررة فى قانون كل من الزوجين :**

١٧٣ — واذا ما تم زواج الأجانب فى الخارج وفقا للشكل المقرر فى قانون جنسيتهما المشتركة أو فى قانون جنسية كل منهما ، اذا اختلفت جنسيتهما ، فانه يعد صحيحا شكلا وفقا لقاعدة الاسناد المصرية •

ويجوز للمصريين ابرام زواجهم فى الخارج فى الشكل الذى يقضى به القانون المصرى ، فاذا كان الطرفان مسلمان جاز لهما الزواج وفقـا لأحكام الشريعة الاسلامية أى بالايجاب والقبول وحضـور شاهدين

---

(١) انظر الدكتور عز الدين عبد الله المرجع السابق ص ٢٨١ حيث يقرر انه « يمكن افراغ الزواج فى الشكل المحلى متى كان مطلقه شكل مدنى ، وعلى الاقل متى كان هذا الشكل يكفل شهر الزواج بالشـهادة ، كما لو تزوج وطنيان مسلمان امام موثق الحالة المدنية فى فرنسا بحضور شاهدين مسـلمين » •

(٢) انظر الدكتور احمد مسلم : الشكل والموضوع فى تكوين الزواج منشور بمجلة التشريع والقضاء السنة الخامسة ص ٢٤ •

تتوافر فيهما شروط الشهادة ، غير أنه لا يجوز الاحتجاج بهذا الزواج أمام المحاكم المصرية طالما لم يكن ثابتا فى وثيقة رسمية • أما اذا كان الطرفان من غير المسلمين فقد كان يجوز لهما قبل صدور قانون التوثيق سنة ١٩٥٥ أن يتبعا الشكل الدينى المقرر بالنسبة لملتهما حتى ولو لم يكن قانون الدولة المراد ابرام الزواج بها يقضى باتباع هذا الشكل • غير آن قانون التوثيق الصادر سنة ١٩٥٥ لم يعد يسمح للمصريين غير المسلمين بابرام زواجهم الا عن طريق الموثقين المنتدبين ، وبذلك لم يعد الشكل الدينى من الأشكال التى يأخذ بها القانون المصرى ، بحيث يمكن القول بأن المصريين غير المسلمين لا يجوز لهم منذ صدور قانون التوثيق سنة ١٩٥٥ ابرام زواجهم فى الخارج أمام الجهة الدينية التى يتبعونها ، وانما يتعين عليهم أن يبرموا زواجهم فى الخارج أمام الممثل الدبلوماسى أو القنصلى لمصر • فتنص المادة ٦٤ من القانون رقم ١٦٦ لسنة ١٩٥٤ على اختصاص بعثات التمثيل القنصلى « بتحرير عقود الزواج متى كان كلا الزوجين مصرى الجنسية ، ولهم أيضا اجراء ذلك متى كان أحد الزوجين مصرى الجنسية بشرط الحصول سلفا على الترخيص من وزير الخارجية » ولم يقيد المشرع اختصاص القنصل[1] فى هذا الصدد بالانتماء الى دين معين ، وعلى ذلك يجوز للمصريين سواء كانوا من المسلمين أم من غير المسلمين وسواء كانوا متحدى الملة أم مختلفيها ابرام زواجهم فى الخارج فى الشكل القنصلى •

وقد تطلب المشرع لامكان مباشرة المبعوثين القنصليين لاختصاصهم بتحرير عقود الزواج ألا يكون ذلك متعارضا مع قوانين الدولة الموفدين اليها •

**القاعدة الثالثة : وجوب توافر الشروط الشكلية المقررة فى قانون الموطن المشترك :**

**١٧٤** — كذلك يعتبر زواج الأجانب صحيحا من حيث الشكل اذا ما تم انعقاده فى الشكل المقرر فى قانون الدولة التى يوجد بها موطنهما ويستوى

---

(١) راجع بشأن مدى اختصاص القنصل بالنسبة للمصريين الغير مسلمين قبل الغاء المحاكم الشرعية والملية سنة ١٩٥٥ . الدكتور عز الدين عبد الله المرجع السابق ص ٢٨٠ و ٢٨١ •

فى هذا الصدد ابرام عقد الزواج فى دولة الموطن المشترك أو فى دولة أخرى ، ويلاحظ أنه اذا كان طرفا الزواج الأجنبيان متوطنين باقليم مصر ويريدان ابرام زواجهما فى الخارج جاز لهما ابرام زواجهما فى الشكل المقرر فى القانون المصرى السابق بيانه وذلك باعتبار القانون المصرى قانون موطنهما المشترك •

وتسرى قاعدة خضوع الشكل لقانون الموطن المشترك بالنسبة لزواج المصريين المتوطنين بالخارج ، فيعد زواج المصريين المتوطنين بالخارج صحيحا من حيث الشكل فى جمهورية مصر العربية اذا تم وفقا للشكل المقرر فى قانون الدولة الأجنبية المتوطنين بها حتى ولو لم يتفق الشكل المقرر فى قانون دولة الموطن المشترك مع الشكل المقرر فى الدولة التى تم فيها ابرام العقد •

## المبحث الثانى

### قاعدة الاسناد الخاصة بآثار الزواج

١٧٥ — عنى المشرع بالنص صراحة على القانون الواجب التطبيق بالنسبة لآثار الزواج فتقضى المادة ١٣ من القانون المدنى « يسرى قانون الدولة التى ينتمى اليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التى يرتبها عقد الزواج ، بما فى ذلك من أثر بالنسبة للمال » •

وسنعرض أولا لتحديد ما يعد من آثار الزواج وفقا للقانون المصرى ، ثم نعرض لقاعدة الاسناد فى هذا الصدد ، وأخيرا نعرض لبعض الصعوبات التى يثيرها تطبيق هذه القاعدة •

#### مفهوم آثار الزواج وفقا للمادة ١٣ من القانون المدنى :

١٧٦ — من المعلوم أن رابطة الزوجية ترتب فى مختلف النظم القانونية مجموعة من الحقوق والواجبات ، سواء بالنسبة للزوج أو بالنسبة للزوجة • وهذه الحقوق والواجبات قد تكون ذات صبغة شخصية بحتة ، ومثال ذلك ما تقرره الشريعة الاسلامية من حق الزوج

على زوجته فى الطاعة والبقاء فى المنزل ، وحق الزوجة على زوجها فى العدل[1] وما تقرره الشرائع عادة من حق كل من الزوجين فى حسن المعاشرة والمعيشة ، أو المساكنة والاخلاص[2] •

وقد تكون هذه الحقوق والواجبات ذات طابع مالى ، ومثال ذلك ما تقرره الشريعة الاسلامية من حق الزوجة على زوجها فى المهر وما تقرره مختلف التشريعات من الحق فى النفقة الزوجية •

كذلك يترتب على الزواج فى كثير من النظم القانونية حقوق لكل من الزوجين على أموال الطرف الآخر ، من حيث ملكية هذه الأموال أو الانتفاع بها أو ادارتها وهذا ما يعرف بالنظام المالى للزوجين[3] •

كذلك يترتب على الزواج تقييد حرية المرأة فى التصرف • وقد يكون هذا القيد عاما بحيث يشمل جميع تصرفاتها وقد يكون خاصا بتصرفات قانونية معينة دون غيرها •

١٧٧ — والسؤال الذى يثور فى هذا الصدد هو تحديد أى من هذه الآثار يدخل فى مضمون آثار الزواج التى وضع لها المشرع قاعدة اسناد •

من الواضح أننا هنا بصدد مسألة تكييف مرجعها قانون القاضى • وتتفق النظم القانونية ومنها النظام القانونى المصرى على اعتبار الحقوق والواجبات المتبادلة التى يولدها الزواج بالنسبة لكل من الزوج والزوجة من آثار الزواج وذلك سواء كانت ذات طابع شخصى أو مالى •

---

(١) انظر الأستاذ محمد أبو زهرة : عقد الزواج وآثاره ص ٢٠٥ •

(٢) انظر الدكتور أحمد سلامه : الأحوال الشخصية للوطنيين غير المسلمين وللأجانب ص ٦٧٩ •

وانظر كذلك الدكتور توفيق فرج : أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين ص ٥٤٠ •

(٣) Régime Matrimonial

ففى القانون الفرنسى مثلا يوجد نظام يتبع فى حالة عدم اختيار الزوجين نظاما آخر ، وهو المعروف باسم نظام اشتراك الأموال ، وللزوجين أن يتفقا على اختيار نظام آخر ، ويعرف هذا الاتفاق باسم مشارطة الزواج • فلهما ان يختارا نظام عدم الاشتراك أو اختيار نظام انفصال الأموال أو نظام الدوطة • وتتفاوت هذه النظم المختلفة من حيث حقوق كل من الزوجين على الأموال وكيفية ادارتها ومصيرها بعد انتهاء الزواج •

غير أن الأمر يختلف بالنسبة للحقوق التى يولدها الزواج لكل من الزوجين على أموال الطرف الآخر ، أى بالنسبة للنظام المالى للزوجين • فتذهب الكثير من النظم القانونية كالنظام الفرنسى الى اخراجها من دائرة المسائل المتفرعة من علاقات الأسرة ، واعتبارها من مسائل الأموال •

وتذهب بعض دول القارة الاوربية وخاصة تلك التى قامت بتقنين القانون الدولى الخاص الى اعتبار النظام المالى للزوجين داخلا ضمن روابط الأسرة وبالتالى يخضع لقانون الجنسية[1] • وقد أخذ المشرع المصرى بهذا الاتجاه وأخضع جميع آثار الزواج بما فيها من آثار مالية لقاعدة اسناد واحدة •

أما فيما يتعلق بتقييد حرية المرأة المتزوجة فى التصرف ، فقد ذهب فريق من الفقه الى تكييف هذا القيد على أنه من آثار الزواج[2] ، بينما ذهب فريق آخر الى وجوب التفرقة فى هذا الصدد بين الحالة التى يكون فيها نقص الأهلية عاما أى متعلقا بجميع التصرفات وحينئذ يعد نقصه أثرا من آثار الزواج وبين الحالة التى يكون فيها نقص الأهلية متعلقا ببعض التصرفات القانونية فقط ، وحينئذ نكون بصدد حالة من حالات عدم الأهلية الخاصة التى يحكمها القانون الذى يخضع له التصرف نفسه، ويرى فريق ثالث وجوب البحث عما اذا كان هدف القانون الأجنبى المحتمل التطبيق من تقييد أهلية المرأة بالزواج حماية للأسرة ذاتهـا أم كان هدفه حماية المرأة بالذات بالنظر الى جنسها • فاذا كان هدفه حماية الأسرة عد نقص أهلية المرأة أثرا من آثار الزواج ، وان كان هدفه حماية المرأة بالذات عد حينئذ مسألة متعلقة بالأهلية وخضعت لقاعدة الاسناد الخاصة بها[3] •

ويبدو لنا أن تكييف نقص أهلية المرأة المتزوجة يجب أن يتم بالرجوع

---

(١) انظـر فى ؛ Francescakis : Répertoire de droit international (Enc. Dalloz) Vo statut personnel no. 8.

(٢) انظر الدكتور جابر جاد — تنازع القوانين — ( طبعة ١٩٧٠ ) فقرة ١١٦ ص ٣١٢ •

(٣) انظر الدكتور هشام صادق المرجع السابق ص ٣٦٥ وراجع فى ذلك أيضا Batiffol المرجع السابق فقرة ٤٣٦ •

الى السبب المباشر الذى تولد عنه • فنقص أهلية المرأة المتزوجة لم تكن بالصفة اللاصقة بها ابتداء بحيث يمكن تكييفها على أنها مسألة متعلقة بالأهلية ، كما أن هذا النقص فى الأهلية ليس قيدا واردا على مباشرة التصرف القانونى بشكل عام بحيث يعتبر مانعا من موانع مباشرة التصرف أى حالة من حالات عدم الأهلية الخاصة • بل أن نقص أهلية المرأة المتزوجة سواء كان عاما أم قاصرا على مباشرة تصرفات معينة ، انما هو صفة لحقت بالمرأة نتيجة لدخولها فى علاقة الزوجية وتزول بزوالها • ومن ثم يجب تكييفها على أنها أثر مترتب على الزواج فى جميع الحالات •

**قاعدة الاسناد بشأن آثار الزواج :**

**١٧٨** — تقضى المـادة ١٣ من القانون المدنى بأنه « يسرى قانون الدولة التى ينتمى اليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التى يرتبها عقد الزواج بما فى ذلك من أثر بالنسبة الى المال » •

ويتضح من هذه المـادة أن المشرع اخضع آثار الزواج لقانون واحد هو قانون جنسية الزوج • وهذه القاعدة تختلف عن تلك التى نص عليها المشرع بصدد انشاء الزواج ، فقد سبق أن رأينا أن المشرع قد اخضع الشروط الموضوعية للزواج لقانون جنسية كل من الزوجين • والواقع أنه اذا كان انشاء رابطة قانونية بين شخصين يقتضى الرجوع الى قانون كل من الطرفين فان انتاج هذه الرابطة لآثارها القانونية يتطلب وحدة فى النظام القانونى الذى يحكمها • فمن العسير اخضاع آثار الرابطة القانونية لقانونين فى ذات الوقت ، اذ لن يتسنى تطبيق أيهمـا عند الاختلاف الا بمخالفة الآخر[1] • لذلك رأى المشرع الأخذ بقانون جنسية الزوج وحده لحكم آثار الزواج مفضلا اياه على قانون جنسية الزوجة باعتبار الزوج هو رب العائلة •

وقد واجه المشرع الحالة التى يغير فيها الزوج جنسيته بعد انعقاد الزواج فقرر أن آثار الزواج تظل دائما خاضعة لقانون الزوج وقت ابرام الزواج • ذلك أن حقوق الزوجين وواجباتهما قد تحددت وقت نشأة

---

(١) انظر Batiffol المرجع السابق فقرة ٣٨١ و Niboyet المرجع السـابق ص ٣٦٠ •

الزواج . وقد قبلت الزوجة الخضوع لنظام الزوجية كما يحدده هذا القانون ومن غير العدل أن تتعدل هذه الحقوق والواجبات نتيجة لعمل ارادى من جانب الزوج وحده .

ولا يختلف الحكم حتى فى الحالة التى يكتسب فيها الزوج جنسية زوجته .

فبالرغم من أنه قد أصبح للزوجين جنسية مشتركة ، فان آثار الزواج تظل خاضعة لقانون جنسية الزوج وقت الزواج ، وهى جنسية لم يعدلها فى الواقع وجود .

ونرى مع فريق الفقه أنه كان يتعين فى هذه الحالة إخضاع آثار الزواج لقانون الجنسية المشتركة الجديدة[1] . وقد أخذت لجنة تعديل القانون المدنى بهذا الحل الأخير بالنسبة للآثار الشخصية للزواج .

**١٧٩** — كذلك يحكم قانون جنسية الزوج وقت الزواج النظام المالى للزوجين . فهذا القانون هو الذى يحدد النظام القانونى الذى يتعين على الأفراد اتباعه فى حالة عدم اختيار الزوجين نظاما آخر ، وهو الذى يبين تفاصيل هذا النظام . كذلك يرجع لهذا القانون لمعرفة مدى حرية الزوجين فى اختيار نظام آخر يحكم علاقتهما بالنسبة للأموال ، أى مدى حريتهما فى عقد مشارطة زواج[2] .

وقد فرقت لجنة تعديل القانون المدنى بين الآثار الشخصية للزواج وبين الآثار المالية أو النظام المالى للزوجين .

فبالنسبة للآثار المالية للزواج يتعين فى جميع الأحوال تطبيق قانون

---

(١) انظر الدكتور كمال فهمى ، المرجع السابق ص ٣٨٠ .
وجدير بالذكر أن اتفاقية لاهاى المعقودة سنة ١٩٠٥ تقضى باخضاع آثار الزواج لقانون آخر جنسية مشتركة بين الزوجين (المادة الأولى والمادة ٢/٩ من الاتفاقيه ) غير أنه يؤخذ على هذا الحل عدم مواجهته للحالة التى لم يكن فيها للزوجين جنسية مشتركة فى يوم من الأيام ويرى بعض الفقه أنه من الأسلم الرجوع حينئذ لقانون الزوج وقت الزواج .

(٢) وسنعرض لمجال تطبيق هذا القانون بالنسبة لمشارطات الزواج عند الكلام عن هذه المشارطات .

الزوج وقت الزواج • أما بالنسبة للآثار الشخصية فقد أوردت اللجنة على هذه القاعدة استثناءا هاما ، اذ قررت تطبيق قانون جنسية الزوجين المشتركة اذا اتحدا جنسية بعد الزواج كما سبق أن نوهنا •

## بعض مشكلات تطبيق قاعدة الاسناد بشأن آثار الزواج :

### ١ — المشكلة الأولى : النفقة :

من المسائل التى آثارت بعض الصعوبات فى تحديد القانون الواجب التطبيق تلك المتعلقة بالنفقة •

**أما الصعوبة الأولى فترجع الى وجود قاعدة اسناد خاصة بنفقة الأقارب واخضاعها لقانون المدين بها[1] سواء كان الزوج أو الزوجة • فهل يخضع الالتزام بالنفقة الزوجية لهذه القاعدة أم يتعين اعتبار هذه النفقة أثر من آثار الزواج وتخضع بالتالى لقانون جنسية الزوج وقت الزواج •**

لما كان الالتزام بالنفقة الزوجية يترتب كنتيجة مباشرة للزواج فانه من المنطق تكييفه على أنه أثر من آثار الزواج • وقد أكدت الأعمال التحضيرية للقانون المدنى هذا المعنى • فقد كان نص المادة ١٥ من مشروع القانون المدنى عاما يقضى بأنه « يسرى على الالتزام بالنفقة قانون المدين بها » غير أن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ قررت اضافة عبارة « فيما بين الأقارب » وذكرت صراحة أن الحكمة من هذه الاضافة هى دفع شبهة أن يكون المقصود من النفقة نفقة الزوجية التى تنظمها أحكام المواد السابقة على اعتبار أنها أثر من آثار الزواج[1] •

---

(١) تقضى المادة ١٥ من القانون المدنى بأنه « يسرى على الالتزام بالنفقة فيما بين الأقارب قانون المدين بها » •

ويلاحظ أن النفقة الزوجية فى الشريعة الاسلامية التزام يقع أساسا على الزوج غير أن بعض النظم القانونية يجعل من النفقة التزاما يقع على كل من الزوج والزوجة فيشترك الزوجان فى تكاليف المعيشة التى تتطلبها حياتهما الزوجية المشتركة من مأكل ومسكن وملبس •

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى الجزء الأول ص٢٦٥ •

كذلك جرى القضاء المصرى على اعتبار النفقة الزوجية أثر من آثار الزواج واخضاعها لقانون جنسية الزوج وقت الزواج[1] .

وقانون الزوج وقت الزواج هو الذى يتكفل بتحديد وجوب النفقة والشخص الملتزم بها ومدتها وأسس تقديرها وجزاء الامتناع عن أدائها وتقادمها وانقضائها .

١٨٠ — أما الصعوبة الثانية فهى تلك المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على النفقة الوقتية . والمقصود بالنفقة الوقتية النفقة التى تطالب بهـا الزوجة أثناء رفع دعوى ترتبط بانشـاء رابطة الزوجية أو انهائها . ولا يقصد بهذا الطلب سوى اصدار حكم وقتى . وهو يهدف الى مواجهة حاجة الزوجة العاجلة حتى لا يترتب على بطء القضاء أضرار تلحق بها . وهذا الحكم ليس من شأنه التأثير فى جوهر النزاع[2].

وقد ذهبت بعض الأحكام الى اخضاع هذه النفقة الوقتية التى تطالب بها الزوجة أثناء دعوى التطليق لقانون جنسية الزوج وقت الزواج[3].

والواقع أن الأمر يتعلق هنا بتكييف النفقة الوقتية وقد كيفها هـذا القضاء كما هو واضح على أنها من آثار الزواج ، وقد اختلف الفقه حول تكييف هذه النفقة الوقتية ، فذهب البعض الى تكييفها على أنها من موضوع دعوى التطليق وبالتالى تخضع للقانون الذى يخضع له التطليق وهو قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى[4] . وذهب فريق آخر الى تكييف هذه النفقة على أنها من الاجراءات الوقتية التى يطلب

---

(١) انظر مجموعة الأحـكام الصـادرة من الجمعية العمومية والدائرة المدنية لمحكمة النقض السنة الخامسـة العـدد الثالث ( ابريل — يونيو ١٩٥٤ ) ص ١٥٠ — ١٦٠ .

(٢) انظر الأستاذ محمد العشماوى والدكتور عبد الوهاب العشماوى : قواعد المرافعات فى التشريع المصرى والمقارن ( الجزء الثانى ) ص ٦٦٤.

(٣) انظر حـكم محكمة الاسكندرية الابتدائية الصـادر فى ١٨ مارس ١٩٥٠ ، مجلة التشريع والقضاء السنة الثالثة القسم الثانى ص ٢٩ وقد تأيد الحكم استئنافيا فى ١٢ مارس ١٩٥١ ( القضية رقم ٨ سنة ٦ قضائية).

(٤) انظر الدكتور أحمد مسـلم : النفقة الوقتية ، تكييفهـا والقانون الذى يحكمها ، مجلة التشريع والقضاء السنة الرابعة ص٩ وما بعدها .

الى القاضى اتخاذها لاعتبارات تتعلق بعوز الخصم ومصلحة الدولة فى تدبير حل سريع لحالة من حالات الضرورة ، وانتهى الى اخضاعها لقانون القاضى تطبيقا لنص المـادة ٢٢ من القانون المدنى التى تقضى بأنه « يسرى على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالاجراءات قانون البلد الذى تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الاجراءات[1] .

ويرفض فريق أخير اعتبار النفقة الوقتية من اجراءات التقاضى التى يحكمها قانون القاضى وفقا للمـادة ٢٢ ، اذ هى لا تتصل بكيفية عرض النزاع أمام القضاء ولا بتحقيقه ولا بالفصل فيه ، وانما يعتبرها من الاجراءات التى يتطلبها الأمن المدنى للمحافظة على السلام العـام فى الدولة . فالأمن المدنى والسلام العام فى الدولة يقتضيان دفع الضرر على وجه الاستعجال بحيث لا يلحق المدعى ضرر بالغ نتيجة لعدم فصل القضاء فى النزاع الأصلى ، والقاعدة أن اجراءات الأمن المدنى تخضع دائما لقانون القاضى .

ويبدو لنـا أن النفقة الوقتية فى حقيقتها مسألة مستقلة عن النزاع الأصلى ذاته ، ومن ثم لا يمكن اعتبارها أثرا من آثار العلاقة الزوجية التى ثار بشأنها النزاع أو أثر من الآثار المستقبلة للحكم الذى قد يصدر فى النزاع كالحكم بالتطليق . فالنفقة الوقتية لا صلة لها بجوهر الزواج ، اذ قد يحكم بها بالرغم من أن النزاع قد يكون قائما حول صحة الزواج ذاته وذلك كاجراء تحفظى لحماية حقوق المتقاضين لحين الفصل فى النزاع ، كما أنها لا صلة لها بموضوع التطليق اذ أن هذا التطليق لم يتحقق بعد . لذلك كان من المتعذر اخضاعها للقانون الذى يحكم آثار الزواج أو القانون الذى يحكم آثار الطلاق بوصفه القانون الذى يحكم العلاقة محل النزاع ذاتها . كذلك فانه من العسير اعتبار النفقة الوقتية من المسائل الخاصة بالاجراءات المنصوص عليها فى المـادة ٢٢ من القانون المدنى ، فالمقصود بهذه الاجراءات هى تلك التى تتعلق بسير الخصومة وكيفية عرض النزاع أمام القضاء ، أما النفقة الوقفية فهى من التدابير الضرورية التى يطلب من القضاء اتخاذها بغض النظر عن

---

(١) انظر تعليق الدكتور حسن بغدادى السالف الذكر .
(٢)انظر الدكتور كمال فهمى ، أصول القانون الدولى الخاص ص٣٢٩ .

النزاع الأصلى نفسه ، ولا فرق فى ذلك بين كون النزاع الأصلى مشتملا على عنصر أجنبى أو كونه وطنيا فى جميع عناصره • فالقاضى عندما يقرر مثل هذه التدابير الضرورية انما يلجأ الى القواعد المقررة لهذه التدابير فى قانونه ، وليس من شأن اتخاذ هذه التدابير اثارة مشكلة تنازع قوانين ، فتطبيق القاضى للقواعد المقررة فى قانونه بصدد التدابير الوقتية انما يتم بشكل مباشر وليس اعمالا لقواعد الاسناد •

**٢ ــ المشكلة الثانية : وجود بعض أموال الزوجين فى مصر :**

**١٨١ ــ** بينا أن الزواج قد يترتب عليه آثار بالنسبة لأموال كل من الزوجين ، وقد اخضع المشرع هذه الآثار لقانون جنسية الزوج وقت الزواج أسوة بالآثار الشخصية[١] غير أن تطبيق هذا القانون قد يصطدم ببعض العقبات بالنسبة للأموال الموجودة فى مصر • فمن المعلوم أن المشرع المصرى قد حدد الحقوق العينية الأصلية والتبعية على سبيل الحصر كما أنه حدد الآثار التى تترتب عليها • وقد اعتبر المشرع هذه الحقوق وما يترتب عليها من آثار من دعائم نظام الائتمان الاقتصادى القومى ومن ثم لا يجوز تقرير حقوق عينية غير تلك التى نص عليها المشرع أو تعديل آثار هذه الحقوق[٢] • وعلى ذلك فاذا قرر قانون جنسية الزوج وقت الزواج حقوقا عينية على الأموال الموجودة فى مصر غير تلك التى حددها المشرع على سبيل الحصر أو أورد على الحقوق العينية قيودا تخالف تلك التى رتبها عليها القانون المصرى فانه يتعين عدم الاعتراف فى مصر بهذه الحقوق وعدم الاعتداد بتلك القيود •

فلو فرضنا أن قانون الزوج وقت الزواج يقرر رهنا قانونيا عاما للزوجة على جميع أموال الزواج ضمانا لحسن ادارة الزوج لأموالها

---

(١) وتذهب بعض الدول كفرنسا الى اعتبار النظام المالى للزوجين من مسائل العقود وتخضعه للقانون الذى يحكم العقود وهو قانون ارادة المتعاقدين ، غير أن هذه الارادة مقيدة بالحدود التى يرسمها المشرع •

(٢) أنظر الدكتور السنهورى : الوسيط فى شرح القانون المدنى : الجزء الثامن صفحة ٢١٦ وما بعدها •

فان هذا الرهن العام لا يسرى على الأموال الموجودة فى مصر لأن القانون المصرى لا يعرف الرهن العام الذى يرد على جميع أموال المدين •

كذلك قد ينص قانون الزوج وقت الزواج على عدم جواز التصرف فى أموال الزوجة فمثل هذا المنع يعتبر قيدا على حق الملكية ويترتب عليه تعديل آثار حق الملكية التى رتبها المشرع ، وبالتالى لا يسرى هـذا القيد على الأموال الكائنة فى مصر الا اذا انطبق عليه الشروط التى يتطلبها القانون المدنى فى المادتين ٨٢٣ ، ٨٢٤ • كذلك قد يرتب النظام المـالى حقوقا عينية بالنسبة لأموال كل من الزوجين ، غير أن هـذه الحقوق لا يمكن الاحتجاج بها على الأموال الكائنة بمصر الا اذا توافرت بالنسبة لها اجراءات الشهر الذى نص عليها القانون المصرى • فاذا كان المـال عقارا كائنا فى مصر فهو يخضع لـما قرره قانون الشهر العقارى من قواعد ، ويقضى هذا القانون فى المادة التاسعة منه بوجوب شـهر جميع التصرفات التى من شأنها انشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله • ويترتب على عدم التسجيل أن هذه الحقوق لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوى الشـأن ولا بالنسبة الى غيرهم •

كذلك الحال اذا ترتب على النظام المالى نشوء حق عينى تبعى على العقـارات المملوكة لأى من الزوجين فى مصر • فيقضى قانون تنظيم الشهر العقارى فى المـادة ١٢ منه بأن التصرفات المنشئة لحقوق عينية تبعية أو المقررة لها يجب شهرها بطريق القيد ويترتب على عدم القيـد أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير • أما فيما بين المتعاقدين فان التصرف يرتب آثاره القانونية •

## ٣ ــ المشكلة الثالثة : وجود نظام مالى اتفاقى أو مشارطة زواج :

١٨٢ ــ أشرنا الى أن التشريع الأجنبى قد يتضمن نظاما قانونيا يحكم علاقة الزوجين بالنسبة للأموال فى حالة عدم الاتفاق على اخضاع هذه العلاقة لنظام آخر فى الحدود التى رسـمها المشرع الأجنبى وذلك بمقتضى اتفاق يعرف بمشارطة الزواج •

ويثور السؤال عما اذا كانت مشارطة الزواج بوصفها عقدا تخضع لقاعدة الاسناد الخاصة بالعقود أم يتعين اعتبارها أثرا من آثار عقد

الزواج وبالتالى تخضع لذات القاعدة التى يتحدد بمقتضاها النظـام المـالى القانونى أى لقانون جنسية الزوج وقت الزواج • وبعبارة أخرى هل يسرى حكم المـادة ١٣ الذى يقرر تطبيق قانون جنسية الزوج وقت الزواج على آثار الزواج « بما فى ذلك من أثر بالنسبة للمال » على كافة الآثار المالية بغض النظر عن مصدرها ، أى سواء تولدت كنتيجة مباشرة للزواج أو تولدت نتيجة لاتفاق الزوجين • وتظهر أهمية هذا السؤال أولا فى حالة وجود عقارات للزوجين خارج دولة الزوج • اذ تقضى المـادة ٢/٢٩ من القانون المدنى المصرى بخضوع العقــود المتعلقة بالعقارات لقانون موقع العقار • كذلك تظهر أهمية هذا السؤال فى حالة اتجاه ارادة الأفراد الى اختيار نظام مالى يقضى به قانون دولة غير دولة الزوج اعمالا لمبدأ كفاية الارادة المعمول به فى مجال العقــود المشتملة على عنصر أجنبى •

يبدو لنا أنه من غير المنطقى المساواة بين مشارطات الزواج وسائر العقود من حيث اعمال قواعد الاسناد • فمشارطات الزواج وان كانت اتفاقا بين الزوجين ، الا أن هذا الاتفاق وثيق الارتبــاط بعلاقة الزوجية نفسها وهو يحل محل النظام القانونى الذى يضعه المشرع لتنظيم آثار الزواج فيما يتعلق بالمـال •

فاذا كان النظام القانونى يتحدد وفقا لقانون جنسية الزوج وقت الزواج فان مشارطة الزواج بوصفها بديلا عن هــذا النظام يجب أن تخضع لذات القاعدة وبالتالى فلا يجوز فى رأينا اعتبار مشارطة الزواج عقــدا قائما بذاته تسرى عليه قواعد الاســناد المتعلقة بالعقــود ، أى لا يجوز خضوع مشارطة الزواج لقاعدة الاسناد العامة بشأن العقود التى تسمح للمتعاقدين باختيار القانون الذى يحكم العقد • وعلى ذلك فاذا اختار الزوجان نظاما ماليا غير ذلك الذى يقره قانون جنسية الزوج وقت الزواج ، كما لو اتفقا على اخضاع نظامهما المالى لقانون الموطن المشترك مثلا ، فان هذا الاتفاق لا يعتد به فى مصر ، ويتعين حينئذ الأخذ بالنظام القانونى المقرر فى قانون جنسية الزوج وقت الزواج •

كذلك لاتسرى قاعدة خضوع العقد المتعلق بالعقار لقانون موقع العقار بالنسبة لمشــارطة الزواج المتعلقة بعقارات • فتظل المشارطة خاضــعة

لقانون جنسية الزوج وقت الزواج حتى لو تعلقت بعقارات كائنة خارج دولة الزوج •

وعلى ذلك فان قانون جنسية الزوج وقت الزواج هو الذى يحكم مشارطة الزواج فى جميع الحالات • فهو الذى يبين النظم المالية التى يجوز للزوجين الاختيار من بينها وهو الذى يحكم الشروط الموضوعية للمشارطة كما يحكم آثارها • وهو الذى يرجع اليه لمعرفة حق الزوجين فى تعديل المشارطة أثناء قيام الزوجية •

وكذلك يمكن اخضاع شكل المشارطة لهذا القانون باعتباره القانون الذى يحكم الموضوع • وان جاز اخضاع هذا الشكل كذلك لقانون محل الابرام وقانون الموطن المشترك على النحو الذى بيناه بشأن شكل الزواج • أما أهلية الزوجين فهى تخرج من مجال تطبيق قانون الزوج وقت الزواج ، اذ يخضع كل من الزوجين لقانونه بالنسبة لتحديد أهليته•

## المبحث الثالث

## قاعدة الاسناد الخاصة بانحلال رابطة الزوجية

### المقصود بانحلال رابطة الزوجية :

١٨٣ — قد ينفض الزواج بارادة أحد الزوجين المنفردة ، وعادة ما يكون الزوج ، وهو النظام المعروف فى الشريعة الاسلامية بالطلاق[١] ، وقد تنقضى رابطة الزوجية بحكم قضائى وهو ما يعرف بالتطليق[٢] •

وتأخذ كثير من النظم القانونية بالنظام المعروف باسم التفريق الجسدى أو الانفصال الجسمانى[٣] • وهو نظام يهدف الى تحلل الزوجين من

---

(١) Répudiation وقد كان النظام السوفيتى يسمح فى ظل تقنين ١٩٢٦ لأى من الزوجين بانهاء رابطة الزوجية بالارادة المنفردة وذلك حتى تاريخ العمل بقانون ٨ يوليه سنة ١٩٤٤ •

(٢) Divorce

(٣) Séparation de corps

الالتزام بالمعيشة المشتركة مع بقاء رابطة الزوجية قائمة .. والواقع أن هذا النظام له أهمية كبرى بالنسبة للنظم القانونية التى لا تجيز التطليق وكذلك تلك التى تحصره فى نطاق ضيق .

**القاعدة بشأن انحلال الزواج :**

**٤٨٤** — قرر المشرع اخضاع انحلال الزواج لقانون واحد خلافا لما فعله بالنسبة لانعقاد الزواج[1] . واعتد فى هذا الصدد بقانون جنسية الزوج[2] . غير أنه فرق بين الطلاق من جهة وبين التطليق والتفريق الجسدي من جهة أخرى من حيث وقت اعمال هذا القانون ، نظرا لأن الطلاق يتم بالارادة المنفردة بينما يتوقف كل من التطليق والتفرقة الجسدية على رفع دعوى أمام القضاء .

فنص فى المادة ٢/١٣ على اخضاع الطلاق لقانون الزوج وقت الطلاق بينما نص على خضوع التطليق والتفريق الجسدى لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى .

---

(١) أخضع المشروع الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج لقانون جنسية كل من الزوجين كما سبق ان راينا . ومن العسير اعمال نفس القاعدة بالنسبة لانحلال الزواج اذ قد يسمح قانون أحد الزوجين بانقضاء الزوجية بينما لايجيز الآخر ذلك . وقد يترتب على ذلك انقضاء الزوجية بالنسبة لأحد الزوجين وفقا لقانونه وبقاؤها قائمة بالنسبة للزوج الآخر الذى لايسمح قانونه بهذا الانقضاء ويطلق الفقه الانجليزى على ذلك اصطلاح الزواج الأعرج . Limping marriage انظر Wolff المرجع السابق ص ٣٨٥ .

(٢) وقد عدل القضاء الفرنسى فى احكامه الحديثة عن اعمال قانون الجنسية بالنسبة لانحلال الزواج مخضعا اياه لقانون الموطن المشترك للزوجين . انظر حكم محكمة النقض الفرنسية الشهير الصادر بتاريخ ١٩٥٣/٤/٧ فى قضية Rivière منشور فى Revue critique سنة ١٩٥٣ ص ٤١٢ وقد تأكد هذا المبدأ فى احكام لاحقة . اما الدول الانجلو أمريكية فهى لا تخضع انقضاء الزواج للقانون الشخصى لأى من الزوجين سواء كان قانون الجنسية أم الموطن وانما تخضعه لقانون القاضى . انظر Wolff المرجع السابق ٤٢٢ وانظر كذلك Rabel المرجع السابق ص ٣٨٣ . ويأخذ بهذه القاعدة كذلك الاتحاد السوفيتى انظر : Makarov : précis de droit international privé صفحة ٣٩٦ .

ويترتب على اعمال هذه القاعدة خضوع انحلال الزواج لقانون قد لا يكون معروفا للزوجين وقت انعقاد الزواج ولم يكن داخلا فى توقعات أى منهما • فقد يغير الزوج جنسيته بعد الزواج ويكتسب جنسية جديدة يسمح قانونها بحل الرابطة الزوجية بطريقة أو لأسباب لم يكن يأخذ بها قانون جنسيته وقت انعقاد الزواج ، فقد يسمح القانون الجديد بحل رابطة الزوجية عن طريق الطلاق فى حين أن قانون الجنسية التى كان يتمتع بها الزوج وقت انشاء رابطة الزوجية كان لا يسمح بحل رابطة الزوجية بالارادة المنفردة • كما قد يبيح قانون جنسية الزوج الجديدة حل رابطة الزوجية لأسباب لا يعتد بها قانون جنسية الزوج وقت انشاء الزواج ، كما لو كان قانون الجنسية الجديد يبيح الطلاق للعقم ولا يشترك معه فى ذلك قانون الزوج وقت الزواج •

لذلك نادى فريق من الفقه بوجوب اخضاع انحلال الزواج لقانون جنسية الزوج وقت الزواج باعتباره القانون الذى كان معلوما للزوجين وقت انعقاد الزواج والذى كان تطبيقه داخلا ضمن توقعاتهما عند الزواج فيما يتعلق بانحلال الزواج[1] • غير أن فريقا من الفقه يؤيد ما ذهب اليه المشرع من حيث المبدأ • فبالنسبة للطلاق يرى أن الاعتداد بقانون الزوج وقت الطلاق أمر مفهوم لأنه الوقت الذى يتكون فيه عنصر الحالة • غير أنه يتحفظ بالنسبة للتطليق والتفريق فيرى أنه كان من الأفضل أن يعتد بوقت الحكم بالتطليق أو التفرقة باعتباره وقت تكوين عنصر الحالة[2] •

وقد رأت لجنة تعديل القانون المدنى اخضاع الطلاق والتطليق والتفرقة الجسدية لقانون الزوج وقت الزواج ، على أنه اذا اتحدت جنسية الزوجين بعد الزواج فان قانون هذه الجنسية المشتركة هو الذى يسرى •

ونحن نميل الى الأخذ بهذا الاتجاه • فاذا كان قانون جنسية الزوج وقت الزواج له ما يبرره فى الحالة التى تكون فيها جنسية الزوجين مختلفة فانه لا معنى للاستمرار فى الأخذ به اذا ما أصبح للأسرة جنسية مشتركة

---

(1) انظر الدكتور جابر جاد ، تنازع القوانين صفحة ٢٤٤ ، وقارن الدكتور عز الدين عبد الله المرجع السابق صفحة ٣٠١ •
(2) انظر الدكتور كمال فهمى المرجع السابق ص ٤٣٣ •

واحدة ، فقانون الجنسية المشتركة هو الأولى بالتطبيق فيما يتعلق بانقضاء رابطة الزوجية من قانون جنسية الزوج الأولى التى انقطعت الصلة به[1] .

غير أن لنا تحفظا وحيدا على أعمال قانون جنسية الزوجين المشتركة الجديدة وذلك بالنسبة للحالة التى يكون فيها اكتساب الزوجة لهذه الجنسية المشتركة قد تم بقوة القانون أى دون تعبير عن ارادتها ففى هذه الحالة قد يكون من الأفضل عدم الاعتداد بقانون هذه الجنسية المشتركة نظرا لأن اكتسابها لم يتم باختيار الزوجة .

**مجال اعمال القاعدة :**

١٨٥ — وتسرى قاعدة الاسناد السالفة الذكر بالنسبة لشروط وأسباب انقضاء الزواج كما تسرى على الآثار المترتبة على هذا الانقضاء .

**اولا : بالنسبة للشروط اللازمة لانقضاء الزوجية :**

١٨٦ — يمكن القول بصفة عامة أن القانون الواجب التطبيق على الطلاق أى قانون جنسية الزوج وقت الطلاق هو الذى يحدد من له الحق فى ايقاع الطلاق ، وكيفية ممارسة هذا الحق ، وما يرد على استعمال هذا الحق من قيود ، كذلك يحدد القانون الواجب التطبيق على التطليق والتفرقة الجسدية ، أى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى ، الاسباب التى يتعين توافرها للحكم بالتطليق والحالات التى يمكن الحكم فيها به ، كما يحدد أسباب الحكم بالتفرقة الجسدية [2] .

---

(١) وجدير بالذكر ان اتفاقية لاهاى سنة ١٩٠٢ بشأن التطليق قد اخذت كذلك بقانون آخر جنسية مشتركة للزوجين .

(٢) وجدير بالذكر ان اتفاقية لاهاى بشأن الطلاق سنة ١٩٠٢ لا تسمح بالتطليق وفقا للأسباب التى يحددها قانون الجنسية الا اذا كان قانون القاضى يسمح بالتطليق فى نفس الحالات ولو لأسباب غير تلك التى يقضى بها قانون الجنسية ( م ٢ من الاتفاقية ) وقد اخذت بعض التشريعات بهذا المبدأ كالتشريع الألمانى ( م ٤/١٧ من مقدمة القانون المدنى الألمانى ) والتشريع اليابانى ( م ١٦ من القانون المدنى الصادر سنة ١٨٩٨ ) انظر Rabel المرجع السابق ص ٤٣٧ .

وقد ثار الخلاف بالنسبة للحالات التى يغير فيها الزوج جنسيته بعد الزواج وكان قانون جنسية الزوج الجديدة يعتبر واقعة ما من ضمن أسباب التطليق فى حين أن قانون الجنسية القديمة الذى تحققت هذه الواقعة فى ظله لم يكن يعتبرها من ضمن أسباب التطليق • فهل يمكن الاعتداد بهذه الواقعة واعتبارها مسوغا للتطليق فى ظل قانون الجنسية الجديد بالرغم من أنها لم تكن تعتبر كذلك فى القانون الذى وقعت فى ظله ؟

تذهب بعض التشريعات[1] الى أنه اذا ما غير الزوج جنسيته فان الوقائع التى تحققت فى ظل قانون الجنسية السابقة لا يعتد بها كأسباب للتطليق الا اذا كان كل من قانونى جنسية الزوج السابقة والجديدة يقرها كأسباب للتطليق •

غير أن القضاء وغالبية الفقه فى فرنسا يرى الاعتداد بالوقائع التى تحققت قبل تغيير الزوج لجنسيته كأسباب للتطليق بغض النظر عن اعتبارها كذلك وفقا للقانون الذى تحققت فى ظله مادام قانون جنسية الزوج الجديدة يعتد بها كأسباب للتطليق ، ذلك أن الأمر لا يتعلق فى هذه الحالة بتصرفات قانونية تحققت فى ظل قانون معين بحيث يتعين القول بعدم سريان القانون الجديد عليها ، وانما يتعلق بوقائع مادية يمكن استخلاص النتائج القانونية المناسبة المترتبة عليها فى ظل قانون الجنسية الجديدة دون أن يكون فى ذلك اعمال لهذا القانون بأثر رجعى[2] •

كذلك يحكم قانون جنسية الزوج وقت الطلاق أو قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى بالنسبة للتطليق أو الانفصال القواعد الموضوعية الخاصة بالاثبات ، فهو الذى يحدد محل الاثبات ومن يقع عليه عبء الاثبات ، وهو الذى يحدد طرق الاثبات أو الأدلة التى يمكن تقديمها ، وهو المرجع كذلك فى تحديد قوة هذه الأدلة وحجيتها ، ذلك أن هذه القواعد الموضوعية فى الاثبات تتصل بجوهر النزاع ويتوقف عليها حسمه•

---

(١) انظر المادة ٢/١٧ من مقدمه القانون المدنى الالمانى •

(٢) راجع هذا الراى معروضا فى Batiffol المرجع السابق فقرة ٤٤٥ . وانظر فى عكس هذا الراى Niboyet الجزء الخامس ص ٢٧٢ •

أما القواعد المتعلقة باجراءات الاثبات أى تلك المتعلقة بالاجراءات التى تتبع فى اقامة الأدلة فهى تخرج من مجال تطبيق قانون الجنسية وتخضع لقانون القاضى المطروح عليه النزاع • كذلك يخرج من مجال اعمال قانون الجنسية الشروط التى تتعلق باجراءات التطليق أو التفرقة الجسدية فتخضع لقانون القاضى المرفوع اليه الدعوى أو قانون الدولة التى تمت فيها الاجراءات[1] •

وقد ثار السؤال بالنسبة للحالة التى يتطلب فيها قانون الجنسية تدخل سلطة معينة لاجراء التطليق ، كأن يتطلب قانون الجنسية تدخل سلطة دينية معينة لاجراء التطليق أو يتطلب الحصول على اذن من السلطة التشريعية لاجراء هذا التطليق • ذهب القضاء الفرنسى الى اعتبار هذا الشرط متعلقا بموضوع التطليق ومن ثم يخضع القانون الذى يحكم هذا الموضوع • غير أن الفقه فى مصر وفرنسا يعتبر أن شرط تدخل سلطة معينة لاتمام التطليق مسألة تتعلق باجراءات التطليق فهذا الشرط لا يتصل بشروط التطليق الموضوعية أو أسبابه وانما يتعلق بالوسيلة التى يلجأ اليها أى من الزوجين للحصول على التطليق[2] •

ونحن وان كنا نتفق مع هذا الرأى فى عمومه الا أننا نرى وجوب استثناء حالة هامة منه • فاذا كان قانون الجنسية يتطلب اجراء التطليق فى الشكل الدينى ، وكان طرفا الزواج ينتميان الى طائفة وملة واحدة

---

(١) تقضى المادة ٢٢ من القانون المدنى « يسرى على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالاجراءات قانون البلد الذى تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الاجراءات » وفيما يتعلق بالطلاق الذى يتم بين الأجانب المسلمين فى مصر أو بين الأجانب والمصريين المسلمين فانه يتعين اجراؤه امام مكاتب التوثيق .

اما طلاق المصريين المسلمين فى الخارج فيتعين اجراؤه أمام البعثات الدبلوماسية او القنصلية المصرية بالخارج ( م ، ٣/٦ من القانون رقم ١٦٦ لسنة ٥٤ الخاص بنظام السلكين الدبلوماسى والقنصلى ) .

ويجوز لغير المسلمين الالتجاء الى هذه البعثات فيما يجوز لهم الالتجاء فيه الى مكاتب التوثيق او الموثقين المنتدبين فى مصر .

(٢) راجع بالنسبة للفقه الفرنسى Batiffol المرجع السابق فقرة ٤٨؛ وانظر فى الفقه المصرى الدكتور عز الدين عبد الله المرجع السابق صفحة ٣٠٥ والدكتور كمال فهمى المرجع السابق ٣٤٠ والدكتور منصور مصطفى منصور المرجع السابق ص ٢٢٧ والدكتور هشام صادق المرجع السابق ص ٣٧٢ .

تطبق شريعتها على غير المسلمين من المصريين ، فحينئذ يتعين الرجوع الى هذه الشريعة كما سبق أن بينا[1] لتكييف هذا الشرط الدينى وتحديد ما اذا كان يدخل ضمن الشروط الموضوعية التى لا ينقضى الزواج بدونها أم انه من الاجراءات ، فاذا كانت الشريعة محل البحث تعتبره من الشروط الموضوعية فان هذا الشرط يخضع للقانون الذى يحكم شروط التطليق أى قانون الزوج وقت رفع الدعوى • أما اذا كان طرفا الزواج مختلفى الملة ، أو لم يكونا منتمين لطائفة وملة لها شريعة مطبقة فى مصر ، فحينئذ يتعين الرجوع للشريعة الاسلامية لتحديد طبيعة شرط اجراء التطليق فى الشكل الدينى • ومن المعلوم أن الشريعة الاسلامية لا تعتبر مثل هذا الشرط من الأحكام الموضوعية لانقضاء الزواج • وعلى ذلك يخرج من مجال تطبيق قانون الجنسية ويخضع لقانون القاضى المرفوعة اليه الدعوى أو قانون الدولة التى تم فيها الاجراء •

كذلك لا تسرى قاعدة الاسناد الخاصة بالتطليق بالنسبة للاجراءات التحفظية والوقتية التى تتخذ أثناء دعوى التطليق • وقد سبق أن عرضنا لهذه المشكلة بالتفصيل وبينا القانون الذى يحكمها[2] •

**ثانيا : بالنسبة لآثار انحلال رابطة الزوجية :**

وتحكم قاعدة الاسناد الخاصة بانقضاء الزواج الآثار التى تترتب على هذا الانقضاء فيما يتعلق بعلاقة الزوجين ببعضهما البعض • فقانون الزوج وقت الطلاق وقانونه وقت رفع الدعوى فى حالة التطليق هو الذى يحدد النفقة المستحقة لأى من الزوجين السابقين • ومدى هذه النفقة وكيفية تقديرها • كذلك يحدد ما اذا كان لأحد الزوجين الحق فى التعويض ويبين كيفية تقدير هذا التعويض كما يبين ما اذا كان للزوجة الحق فى أن تحمل اسم زوجها السابق أم لا •

ويحدد قانون الزوج وقت رفع دعوى الانفصال الجسمانى ما يسقط من الالتزامات الزوجية نتيجة للحكم بالانفصال ، كما يحدد ما اذا كانت

---

(1) انظر ما قلناه آنفا بشأن الشروط الموضوعية والشروط الشكلية لانعقاد الزواج .

(2) انظر ما قلناه آنفا بشأن مشكلة النفقة الوقتية •

الزوجة تستحق نفقة أم لا وقيمة هذه النفقة ، كما يحــدد المــدة التى يتعين انقضاؤها لامكان تحويل الانفصال الى طلاق وشروط هذا التحويل. كذلك يبين هذا القانون الحالات التى يجوز فيها حرمان الزوجــة من أن تحمل اسم زوجها ، كما يبين الحالات التى يجوز فيها التعويض لمن صدر الحكم لصالحه وقيمة هذا التعويض. وأخيرا يبين هذا القانون الطريقة التى تنتهى بها حالة الانفصال سواء بالتطليق أو بالرجوع الى الحياة الزوجية المشتركة .

۱۸۷ — ويرى فريق من الفقه الغربى أن هذه القاعدة تحكم كذلك الآثار المتعلقة بعلاقة الزوجين السابقين بالأولاد[1] .

وقد أيد ذلك فريق من الفقه المصرى فقرر أن قانون الزوج وقت الطلاق أو التطليق أو الانفصال هو الذى يحدد من له الحق فى حضانة الأولاد وشروط هذه الحضانة[2] .

غير أن القضاء فى مصر يميل الى اعتبار الحضانة أثرا من آثار الزواج وبالتالى تخضع لقانون الزوج وقت الزواج[3] .

ويتعين فى رأينا اخراج النظام المالى للزوجين كذلك من مجال اعمال قواعد الاسناد الخاصة بانقضاء الزوجية ، فالنظام المالى يعد أثرا من آثار الزواج وبالتالى يتعين فى رأينا أن يخضع من حيث أحكام نشأته أو انقضائه للقانون الذى يحكم آثار الزواج أى قانون جنســية الزوج وقت الزواج ، وانقضاء الزوجية ما هى الا سبب من أسباب انقضاء النظام المالى .

۱۸۸ — وعلى ذلك يمكن القول بوجه عام بأن قاعدة الاسناد الخاصة بانقضاء الزواج تحكم كل ما يتصل بانهاء العلاقة التى نشأت بين الزوجين نتيجة للزواج . أما الآثار التى تترتب على انقضاء الزواج وتتعــدى تنظيم انهاء حياة الزوجين المشتركة فانها تخرج عن مجال أعمال هــذه

---

(۱) انظر فى ذلك Batiffol ( المرجع السابق ) ص ٥٠١ .
(۲) انظر الدكتور جابر جاد ( المرجع الســابق ) ص ۳۸۲ والاحكام المشــار اليها فيه .
(۳) انظر حكم محكمة الاسكندرية فى ۲٦ فبراير ۱۹٥۲ منشور فى المجلة المصرية للقانون الدولى ۱۹٥۲ صفحة ۱٦٥ .

القاعدة • فبانقضاء رابطة الزوجية يصبح كل من الزوجين مستقلا عن الآخر ويخضع من حيث تحديد حالته وما يتصل بها من مراكز قانونية لقواعد الاسناد الخاصة بالحالة وبكل من هذه المراكز القانونية دون الاعتداد بالقانون الذى يحكم آثار انقضاء الزواج[1] •

فيخضع كل من المطلقين لقانون جنسيته فيما يتعلق بتحديد حـالته وأهليته ، فقانون جنسية الزوجة هو الذى يحدد ما اذا كان من حقها أن تسترد اسمها السابق على الزواج كما يحدد هذا القانون أهليتهـا بعد انقضاء الزواج •

وكذلك تخضع المراكز القانونية والعلاقات الجديدة المتصلة بالحالة للقانون الذى يحكم العلاقة الجديدة • فاذا أراد أحد المطلقين عقد زواج جديد فان الشروط الواجب توافرها فى المطلق لابرام هذا الزواج تتحدد وفقا لقانون جنسية هذا المطلق دون الاعتداد بالقانون الذى يحكم آثار انقضاء الزواج الأول • فالأمر لا يتعلق هنا بآثار انقضاء الزواج السابق وانما يتعلق بشروط ابرام زواج جديد • واذا كان القانون الذى يحكم آثار التطليق ، أى قانون الزوج وقت رفع الدعوى يمنع زواج المطلق فى حالات معينة ، كعدم امكان زواج المطلقة من شريكها فى الزنا ، فان هذا المنع لا يعتد به ، اذ العبرة فى تحديد موانع الزواج بالقانون الذى يحكم انشاء الزواج الجديد ، وهو وفقا لقواعد الاسناد المصرية قانون جنسية كل من لزوجين على النحو السابق بيانه[2] •

## النظام العام والقانون الذى يحكم انقضاء الزوجية :

١٨٩ ـــ قد يؤدى اعمال فكرة النظام العام الى استبعاد قانون الزوج اذا كان هذا القانون يسمح بالتطليق لأسباب لا يقرها قانون القـاضى أو اذا كان هذا القانون أكثر تساهلا من قانون القاضى فى اباحة التطليق، وذلك بالنسبة للدول التى لا تسمح بانقضـــاء الزوجية الا فى نطاق

---

(١) قارن مقال الاستاذ Makarov منشـــور Revue critique سنة ١٩٦٧ ص ٦٤٣ •

(١) وانظر Niboyet الجزء الخامس ص ٤٤٨ و Batiffol المرجع السابق ص ٥٠١ و Wolff المرجع السابق ص ٣٨٥ •

ضيق[1] • وعلى العكس يمكن القول كذلك بامكان استبعاد قانون الزوج لمخالفته النظام العام فى دولة القاضى اذا كان هذا القانون لا يسمح بانهاء رابطة الزوجية ، وكان قانون القاضى يعترف للافراد بالحق فى انهاء هذه الرابطة باعتبار هذا الحق من الأسس التى تقوم عليها الحرية الشـــخصية[2] •

أما فى مصر فان اعمال فكرة النظام العام لاستبعاد القانون الأجنبى الواجب التطبيق بشأن انقضاء رابطة الزوجية أضيق نطاقا غنه فى الدول الأخرى • فالنظام القانونى المصرى فى هذا المجال نظاما قانونيــا مركبا يتضمن عدة نظم خاصة بالطوائف المختلفة للوطنيين • فيوجد بجوار الشريعة الاسلامية التى تسمح بانهاء رابطة الزوجية بالارادة المنفردة شرائع ملية تسرى على غير المسلمين من المصريين ، وتختلف هذه الشرائع ضيقا واتساعا من حيث الشروط التى تتطلبها لانهاء رابطة الزوجية[3]• لذلك فان التعــارض بين أحكام القوانين الآجنبية والنظام العــام فى مصر لا يصل عادة الى نفس الدرجة من الحدة التى قد يكون عليهــا فى الدول ذات النظم القانونية الموحدة ، اذ لا يمكن القول بوجود أفكار محددة يقوم عليها النظام العام المصرى فى هذا الصــدد ســواء من حيث التوسع فى السماح بانهاء رابطة الزوجية أو من حيث التضييق من الحالات التى يجوز فيها انهاء هذه الرابطة • ومن ثم يمكن القول بأن القاضى الوطنى لن يستبعد أحكام القانون الأجنبى فى هذا المجــال الا اذا كانت تتنافى مع الأسس العامة التى يقوم عليها النظام القانونى والاجتماعى بشكل عام فى مصر • كما لو كانت أحكام القانون الأجنبى تسمح بانهاء رابطة الزوجية لاختلاف الجنس أو اللون ، ففى هــذه الحالة يتعين على القاضى الوطنى استبعاد أحكام القانون الأجنبى وعدم الحكم بانقضاء الزوجية نتيجة لاختلاف الجنس أو اللون • كذلك يتعين

---

(١) تارن- Lerebours-Pigeonniére et Loussouarn : Droit international privé الطبعة الثامنة ص ٥٢ .

(٢) وقد سبق ان عرضــنا لفكرة الأثر المخفف للنظــام العام ، وذلك بالنسبة للحالة التى يتم فيها التطايق فى الخارج ، ويراد الاحتجاج به داخل الدولة .

(٣) انظر فى تفاصيل ذلك ، الدكتور توفيق فرج : احــكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين ( ١٩٦٢ ) ص ٦٢٦ وما بعدها .

على القاضى المصرى استبعاد القانون الأجنبى الواجب التطبيق بشأن انقضاء الزوجية اذا تضمن أحكاما تتعارض مع الحقوق التى كلفتها الشريعة الاسلامية للزوج المسلم • كأن تقضى مثلا بحرمان الزوج المسلم من حقه فى الطلاق[1] ، وكذلك يتعين على القاضى المصرى استبعاد أحكام القانون الأجنبى الواجب التطبيق اذا كان يقضى بامكان انهاء رابطة الزوجية لتغيير الدين اذا كان الزوج هو الذى أصبح مسلما بينما ظلت الزوجة كتابية ، ذلك أن الحكم فى هذه الحالة بانهاء الزوجية يعد مخالفا لأحكام الشريعة الاسلامية التى تعتبر ان من حق المسلم الزواج بكتابية • ويتعين كذلك استبعاد أحكام القانون الأجنبى الذى لا يبيح انهاء رابطة الزوجية بسبب دخول الزوجة فى الاسلام اذا ظل زوجها كتابيا ، ذلك أن استمرار قيام حالة الزوجية بين المسلمة وغير المسلم يعد مخالفا لأحكام الشريعة الاسلامية •

## المبحث الرابع

## الاستثناء العام فى نظام الزواج

### اعمال القانون المصرى اذا كان أحد الزوجين مصريا :

١٩٠ — أتى المشرع باستثناء هام على قواعد الاسناد السابق ذكرها بشأن انعقاد الزواج وآثاره وانقضائه ، فنص فى المادة ١٤ من

---

(١) انظر فى ذلك حكم محكمة الاسكندرية الصادر فى ١٩٥١/٤/٩ الذى قضى بتطبيق القانون الايطالى الذى لايبيح الطلاق بالرغم من اعتناق الزوج الايطالى للاسلام ( منشور بالمجلة المصريه للقانون الدولى سنة ١٩٥١ ص ١٩٤ ، وانظر بوجه خاص تعليق الأستاذ Quadri على هذا الحكم . وهو يرى عدم جواز استبعاد القانون الأجنبى الذى يحرم الزوج المسلم من الطلاق اعمالا لفكرة النظام العام . اذ يرى ان فكرة النظام العام تتميز بالاقليمية المطلقة بمعنى انها لاتسمح بتطبيق مايخالفها فى اقليم الدولة . وهو يضرب لذلك مثلا بالرق الذى يعتبر مخالفا للنظام العام وبالتالى لايسمح به فى اقليم الدولة بشكل مطلق.ولما كان فى مصر طوائف غيراسلامية لايسمح لها بالطلاق فان ذلك دليل على ان المنع من الطلاق ليس من الأفكار التى يقوم عليها النظام العام المصرى والتى يجوز من اجلها استبعاد تطبيق القانون الأجنبى •

القانون المدنى على أنه « فى الأحوال المنصوص عليها فى المادتين السابقتين اذا كان أحد الزوجين مصريا وقت انعقاد الزواج يسرى القانون المصرى وحده فيما عدا شرط الأهلية للزواج » .

ويستفاد من الأعمال التحضيرية للقانون المدنى أن سبب هذا الاستثناء هو الرغبة فى تلافى ما قد يترتب على قاعدة الاسناد الخاصة بالشروط الموضوعية للزواج من اعتبار زواج المصرى المسلم صحيحا وفقا للقانون المصرى وباطلا وفقا لقانون جنسية الزوجة الأجنبية . وقد وجد أنه من الملائم تطبيق نفس القاعدة بالنسبة لآثار الزواج وانقضائه تحقيقا للتجانس فى القانون الذى يحكم نظام الأسرة .

**مجال تطبيق الاستثناء :**

١٩١ — ويترتب على الأخذ بهذا الاستثناء فى مجال الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج الخروج على تطبيق قانون جنسية كل من الزوجين واخضاع هذه الشروط لقانون واحد هو القانون المصرى ، وذلك فيما عدا الشرط المتعلق بالأهلية ، اذ تظل أهلية كل من طرفى العلاقة خاضعة لقانون جنسيته .

أما بالنسبة لآثار الزواج فان الاستثناء المذكور ليس من شأنه تغيير القانون الواجب التطبيق الا بالنسبة للحالة التى تكون فيها الزوجة مصرية وقت الزواج ، اذ سيسرى القانون المصرى على آثار الزواج بدلا من القانون الأجنبى بوصفه قانون الزوج وقت الزواج . أما اذا كان الزوج هو المصرى الجنسية وقت الزواج فان الاستثناء المذكور لا يغير من القانون الواجب التطبيق .

وبالنسبة لانقضاء الزواج يترتب على هذا الاستثناء تغيير القانون الواجب التطبيق فى حالتين : الحالة الأولى : هى حالة كون الزوجة

مصرية وقت الزواج ، اذ حينئذ سيخضع كل من الطـلاق والتطليق أو الانفصال للقانون المصرى دون الاعتداد بقانون جنسية الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع دعوى التطليق أو الانفصال ، والحالة الثانيـة هى حالة تمتع أحد الزوجين بالجنسية المصرية وقت الزواج ثم زوالها عنه بعد ذلك فستخضع الطلاق والتطليق والانفصال للقانون المصرى ولن يعتد بالجنسية الجديدة التى يتمتع بها الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع دعوى التطليق أو الانفصال •

ويلاحظ أن العبرة فى جميع الحالات السابقة بكون أحد الزوجين مصريا وقت الزواج ، فاذا تم اكتساب أحد الزوجين للجنسية المصرية بعد الزواج فلا يترتب على ذلك أعمال الاستثناء المذكور •

**١٩٢ ــ** ولا شك أن الاستثناء السالف الذكر له ما يبرره • فنظـام الزواج وثيق الصلة بحياة الجماعة الوطنية ، ومن الأفضل اخضاعه للقانون الوطنى كلما كان أحد أطراف العلاقة وطنيا •

بيد أن هذا الاستثناء لم يخل من النقد ، فذهب فريق من الفقه الى القول بأنه كان من الممكن الاستعاضة عن الاستثناء المذكور بأعمال الدفع بالنظام العام لحماية الطرف الوطنى المسلم فى الزواج[1] •

غير أننا نرى أنه من الأفضل عدم الأخذ بفكرة النظام العام كلمـا كان فى الامكان تحقيق نفس النتيجة عن طريق اعمال قواعد الاسناد ذاتها • ذلك أن فكرة النظام العام كما سبق البيان فكرة غير واضـحة المعالم • هذا فضلا عن أن اعمال هذه الفكرة بالنسبة للزواج سيقتصر أثره على تطبيق القانون المصرى فى الحالات التى تصطدم فيهـا أحكام القانون الأجنبى مع القواعد الأساسية فى الشريعة الاسلامية فيما يتعلق بالطرف المسلم فى الزواج فقط • ولا شك أن حماية علاقة الزوجيـة التى يكون أحد طرفيها مصريا بوصفها علاقة وثيقة الصلة بحياة الجماعة

---

(١) انظر الدكتور عز الدين عبد الله المرجع السـابق ص ٣١٠ وانظر كذلك الدكتور هشام صادق ( المرجع السابق ) ص ٣٨٠ •

الوطنية يتطلب تطبيق القانون المصرى فى جميع الحالات التى يكون فيها أحد أطراف العلاقة وطنيا ، بغض النظر عن ديانته .

كذلك انتقد بعض الفقه الاستثناء المذكور لكونه يؤدى الى تطبيق القانون المصرى اذا كان أحد الزوجين مصريا « وقت الزواج » حتى ولو زالت عنه هذه الجنسية فيما بعد ، فى حين أنه لا يسرى على الحالة التى يكتسب فيها أحد الزوجين الأجنبيين الجنسية المصرية فى تاريخ لاحق على الزواج . ويرون أنه قد يكون « من الأوفق من الوجهة التشريعية أن يسرى القانون المصرى على آثار الزواج وانحلاله اذا كان أحد الزوجين ينتمى حاليا الى الجنسية المصرية » أى العبرة ليست بكون أحد الزوجين مصريا وقت انعقاد الزواج وانما العبرة بكونه مصريا وقت تحقق آثار الزواج أو وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى[1] .

ومن العسير فى رأينا التسليم بشكل مطلق بالنقد السالف الذكر . ففيما يتعلق بآثار الزواج سبق أن رأينا أن المشرع قد حدد القانون الواجب التطبيق بشأنها بالقانون المطبق وقت الزواج ، تأسيسا على أن حقوق الزوجين وواجباتهما تتحدد وقت نشأة الزواج . وأن الزوجان قد قبلا الخضوع لنظام الزوجية كما يحدده هذا القانون . وليس من العدل أن يؤثر تغيير أى منهما لجنسيته فى تاريخ لاحق للزواج على مضمون هذه الحقوق والواجبات .

ومن ثم فمن المنطقى ألا يؤثر اكتساب أحد الزوجين للجنسية المصرية أو فقده لها فى تاريخ لاحق على الزواج على القانون الواجب التطبيق بالنسبة آثار الزواج . ولا يرد على ذلك فى رأينا سوى قيد

---

(١) انظر الدكتور كمال فهمى ( المرجع السابق ص٤٣٥ ) وقارن الدكتور شمس الدين الوكيل ، مذكرات غير مطبوعة فى القانون الدولى الخاص صفحة ١١٣ ، بل لقد ذهب البعض الى ابعد من ذلك اذ قرروا انه لايكفى لتطبيق الاستناد المذكور سبق كون احد الزوجين وطنيا وقت انعقاد الزواج ، بل اشترطوا أن تكون الزوجة وطنية كذلك وقت الطلاق او وقت رفع دعوى التطليق او الانفصال انظر الدكتور عز الدين عبد الله ( المرجع السابق ص ٣١١ . ونحن نرى أن تفسير نص الاستثناء على هذا النحو يحمله اكثر من معناه .

واحد هو تمتع كلا الزوجين بالجنسية المصرية بعد الزوج ، فيتعين حينئذ اخضاع آثار الزواج للقانون المصرى نظرا لأن الأسرة قد أصبحت وطنية فى جميع عناصرها • أما فيما يتعلق بأعمال الاستثناء المذكور بشأن انقضاء الزواج فيمكن القول بأنه ما دام الزواج قد ارتبط من حيث نشأته بالقانون المصرى كما أن هذا القانون يحكم آثاره فانه من المنطقى أن يحكم هذا القانون انحلاله كذلك • ومن ثم فان اكتساب الزوجين لجنسية أجنبية فى تاريخ لاحق على الزواج لا يجب أن ينزع الاختصاص الذى ثبت للقانون المصرى بحكم هذا الزواج • على أننا نرى أنه لما كان الأخذ بالاستثناء الخاص بتطبيق القانون الوطنى مرجعه ارتباط الأسرة بالجماعة الوطنية عن طريق أحد أطرافها فان اكتساب أحد الزوجين للجنسية المصرية فى تاريخ لاحق على الزواج يجب أن يؤدى الى تطبيق القانون المصرى بشأن الطلاق أو التطليق أو الانفصال لارتباط الأسرة بالجماعة الوطنية وقت الطلاق أو وقت رفع دعوى التطليق أو الانفصال نتيجة لانتماء أحد طرفيها لهذه الجماعة • لذلك كان الأحرى بالمشرع الا يقصر هذا الاستثناء على الحالة التى يكون فيها أحد الزوجين مصريا وقت انعقاد الزواج بل يجعله شاملا كذلك للحالة التى يكون فيها أحد الزوجين مصريا وقت انحلال الزواج •

وقد سبق أن رأينا أن المشرع قد اعتد بقانون جنسية الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع دعوى التطليق أو الانفصال عند تحديده للقانون الذى يحكم انقضاء الزواج • ومن ثم فان التعديل الذى نرى ادخاله على الاستثناء الذى أتى به المشرع لن يشمل سوى حالة واحدة هى تلك التى تصبح فيها الزوجة وطنية وقت الطلاق أو وقت رفع دعوى التطليق أو الانفصال •

أما فيما يتعلق بتحديد المقصود بالقانون المصرى الواجب التطبيق اعمالا لهذا الاستثناء فقد سبق أن أوضحنا أن النظام المصرى فيما يتعلق بروابط الأسرة نظام مركب اذ يتضمن من جهة الشريعة الاسلامية بوصفها الشريعة العامة التى تطبق على المسلمين وكذلك بالنسبة لغير المسلمين الذين لم تتوافر بالنسبة لهم شروط انطباق شريعتهم الخاصة كما يتضمن من جهة أخرى شرائع خاصة تطبق عند اتحاد الملة

والطائفة وبشرط وجود جهة قضائية ملية منظمة وقت صدور القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥[1] . وعلى ذلك يتعين على القاضى المصرى فى هذه الحالة تحديد الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق من بين مختلف الشرائع الداخلية التى يتضمنها النظام القانونى المصرى . فلا يطبق الشريعة الاسلامية الا اذا كان هناك محلا لتطبيقها وفقا لقواعد الاسناد الداخلية فى النظام القانونى المصرى .

---

(١) المادة ٦ فقرة ٢ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ .

# الفصل الثانى

## النسب

## المبحث الأول

## البنوة الشرعية والبنوة الطبيعية

### ١ ـ البنوة الشرعية :

١٩٣ ـ ويقصد بالبنوة الشرعية نسبة الولد لأبويه نتيجة لعقد زواج بينهما . وغنى عن البيان أن البنوة هي جزء من الحالة ، ومن ثم فهى تخضع وفقا للمادة ١١ من القانون المدنى لقانون الجنسية . غير أن الأمر يدق اذا اختلفت جنسية الشخص المراد اثبات بنوته عن جنسية الوالد ( الأب أو الأم ) المراد الانتساب اليه ، ويثور حينئذ السؤال عن الشخص الذى يتعين الاعتداد بجنسيته فى هذا الصدد .

وباستقراء مختلف التشريعات يتبين أن فريقا منها يقضى باخضاع البنوة لقانون جنسية الابن[1] بغض النظر عن جنسية أى من الوالدين تأسيسا على أن البنوة صفة فى الشخص تشكل جزءا من حالته ، بينما يذهب فريق آخر الى الاعتداد بجنسية الأب فى تحديد القانون الواجب التطبيق على النسب نظرا لأن اثبات النسب يؤثر فى حالة الأب ويترتب عليه حقوق والتزامات بالنسبة له[2] .

---

(١) ومن أمثلة ذلك فى التشريعات الحديثة القانون الدولى الخاص التشيكوسلوفاكى الصادر سنة ١٩٦٣ والقانون الدولى الخاص البولونى الصادر سنة ٦٥ ، انظر مقال الدكتور عز الدين عبد الله « تنازع القوانين فى التشريعات الحديثة لبعض الدول الاشتراكية » منشور بمجلة مصر المعاصرة ( يوليو ١٩٧١ ) فقرة ٢٨ وراجع كذلك Martin Wolff : Private International Law صفحة ٣٨١ .

(١) انظر Rabel : The Conflict of Laws. الجزء الأول ص ٥٦١ .

١٩٤ ــ أما فى مصر فقد ورد فى لائحة تنظيم المحاكم المختلطة وفى القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٣٧ أن المسائل المتعلقة بالبنوة وتصحيح النسب والاقرار بالنبوة وانكارهــا يطبق بشـــأنها قانون دولة الأب[١] . كذلك كان المشروع التمهيدى للقانون المدنى ينص فى المــادة ٣١ منه على أنه « يسرى قانون الأب على المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية وتثبيت النسب بالزواج والاعتراف بالبنوة وانكارها » . غير أن القانون المدنى صدر خلوا من هذا النص[٢] .

ويتضمن قانون المرافعات الصادر سنة ١٩٤٩ فى الكتاب الرابع منه بعض المواد المتعلقة بالاجراءات الخاصة بمسائل الأحوال الشخصية بما فيها مسألة النسب فتقضى المــادة ٩٠٤ فى الفترة الأولى منهــا بأنه « ترفع الدعوى باثبات النسب وفقا للأحكام والشروط وفى المواعيد التى ينص عليها قانون بلد من يطلب الانتساب اليه من الوالدين وتتبع فى اثباتها القواعد التى يقررها القانون المذكور » . وتقضى المــادة ٩٠٦ فى فقرتها الأولى بأنه « يتبع فى قبول دعوى انكار النسب واثباتها والمواعيد التى ترفع فيها والآثار التى تترتب عليها القواعد والأحكام التى يقررها قانون البلد الواجب التطبيق » . وتقضى المــادة ٩٠٨ بأنه « يحصل الاشهاد بالاقرار بالنسب أمام الموثق ويصدق عليه ويقدم طلب التصديق الى رئيس المحكمة الابتدائية الكائن بدائرتهــا موطن المشــهد مشــفوعا بالأوراق التى يوجب قانون البــلد الواجب التطبيق تقديمها » وتنص المــادة ٩٠١ على أنه « يصدق رئيس المحكمة على الاقرار بأمر يصدره على الطلب ذاته بعد التحقق من توافر الشروط والأحكام التى يوجبها قانون بلد الطالب لقبول الاعتراف وصحته وترتيب آثاره » .

وقد استخلص الفقه من هذه المواد وجود قاعدة اسناد بشأن النسب تقضى بوجوب الاعتداد فى تحديده بقانون جنسية الشخص المطــلوب الانتساب اليه ســواء كان الأب أو الأم ، بل ان البعض يؤكد أن هــذه

---

(١) انظر الدكتور محمد عبد المنعم رياض : مبادىء القــانون الدولى الخــاص ص ٤٠٨ .

(٢) انظر فى تفاصيل ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية الجزء الأول ص ٢٦٠ وما بعدها .

النصوص قد فصلت بصفة قاطعة فى مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على النسب وأنه لا محل بعد ذلك للاجتهاد[1] • وتكون العبرة الجنسية وقت ميلاد الطفل وفقا للرأى الغالب فى الفقه •

### ٢ ـ البنوة الطبيعية أو غير الشرعية

**١٩٥ ـ.** وهى البنوة التى تكون ثمرة علاقة غير مشروعة بين الوالدين • وتختلف البنوة الطبيعية عن البنوة الشرعية فى أنها قد تكون قاصرة على الانتماء الى أحد الوالدين دون الآخر ، فى حين أن البنوة الشرعية ينتمى فيها الفرد الى الأب والأم معا نتيجة لكونها ثمرة لعلاقة الزوجية •

ويتنازع القضاء والفقه المقارن فى هذا الصدد عدة اتجاهات • فيرى فريق وجوب الرجوع فى اثبات النسب الطبيعى الى قانون جنسية الولد باعتباره صاحب المصلحة ، اذ أن تحديد هذه البنوة يتعلق بحالته وحمايته[2] • ويذهب فريق آخر الى وجوب الرجوع الى قانون الوالد الذى يراد الانتساب اليه فى اثبات البنوة الطبيعية • ذلك أن هذه البنوة ستفرض على الوالد المطلوب الانتساب اليه التزامات عديدة ، كما أنها تتعلق بحالة هذا الوالد ، وهو أمر يتعين خضوعه لقانون جنسيته ، اذ ليس من المقبول ادخال تغيير على حالة الشخص اذا كان قانونه الشخصى لا يوافق على هذا التغيير ، أو بعبارة أخرى اذا كان قانون الوالد أكثر تشددا فى اثبات البنوة من قانون الابن [3] •

وقد ظهر أخيرا اتجاه فى القضاء الفرنسى بوجوب الأخذ فى تحديد البنوة الغير شرعية بالقانون الأكثر تحقيقا لمصلحة الابن[4] •

---

(١) الدكتور منصور مصطفى منصور : تنازع القوانين ص ٢٣٦ .

(٢) انظر فى ذلك : Pallard : La filiation illégitime en droit international privê. منشور من Revue Critique سنة ١٩٥٢ ص ٦٢٨ والأحكام المشار اليها فيه .

(٣) انظر فى ذلك : Niboyet : Cours de droit international privé فقره ٥٨٢ .

(٤) انظر حكم محكمة استئناف باريس الصادر فى ٢٩ يونيو ١٩٦٣ والمنشور فى : Revue Critique سنة ١٩٦٤ صفحة ٣٠ .

ويرى فريق من الفقه المصرى أنه لما كان نص المادة ٩٠٥ مرافعات يضع قاعدة اسناد خاصة بالبنوة الشرعية وكان هذا النص يتصف بالعمومية والاطلاق ، فانه ليس هناك ما يحول دون تطبيق هذا النص فى مجال البنوة الطبيعية [1] • وبالتالى تكون العبرة فى تحديد البنوة الطبيعية كذلك بجنسية الوالد المراد الانتساب اليه سواء كان هو الأب أو الأم •

### ٣ — رأينا الخاص

١٩٦ — ويبدو لنا من العسير التسليم بما ذهب اليه الفقه فى تفسيره لنص المادة ٩٠٥ من قانون المرافعات وما بعدها واعتبار هذه المواد تتضمن قاعدة اسناد تقضى بتطبيق قانون جنسية الوالد الذى يراد الانتساب اليه سواء كان ذلك بالنسبة للبنوة الشرعية أم بالنسبة للبنوة الطبيعية • فالمواد ٩٠٥ وما بعدها قد جاءت ضمن المواد المنصوص عليها فى الكتاب الرابع من قانون المرافعات والمخصص للاجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية • وبعبارة أخرى فان المادة ٩٠٥ وما بعدها قد جاءت أساسا لتحديد القانون الواجب التطبيق على الاجراءات المتعلقة بهذه المسائل • ولما كان من المسلم به أن الاجراءات تخضع لقانون القاضى ، فقد حرص المشرع على النص فى المادة ٩٠٥ على بيان أن الأحكام والشروط والمواعيد التى تتعلق بدعوى النسب لا تخضع لقانون القاضى •

والنص فى المادة ٩٠٥ على تطبيق قانون جنسية الشخص المراد الانتساب اليه من الوالدين لا يعنى أن المشرع قد أراد بذلك وضع قاعدة اسناد تبين القانون الواجب التطبيق على النسب • وانما هو كما ذكرت المذكرة الايضاحية يقصد « الاشارة الى قاعدة الاسناد فى

---

(١) انظر فى ذلك الدكتور منصور مصطفى منصور المرجع السابق ص ١ ، ٢ والدكتور هشام صادق تنازع القوانين ( الطبعة الثانية ) ص ٥٧٩. غير انه يلاحظ ان فريقا آخر من الفقه يقتصر على اعمال نص المادة ٩٠٥ فى مجال البنوة الشرعية دون الاشارة الى امكان اعماله فى مجال البنوة الطبيعية . انظر الدكتور عز الدين عبد الله : القانون الدولى الخاص الجزء الثانى ( الطبعة السابعة ) ص ٣٤ والدكتور محمد كمال فهمى : أصول القانون الدولى الخاص ص ٢٤١ •

هذا الشأن » فالمشرع لم يقصد النص فى قانون المرافعات على قاعدة اسناد جديدة تخالف ما استقر عليه العمل فى ظل المحاكم المختلطة على أن البنوة الشرعية تخضع كما سبق البيان لقانون جنسية الأب . هذا فضلا عن أن الأعمال التحضيرية للقانون المدنى تفيد صراحة اعتبار البنوة الشرعية « أثرا من آثار الزواج تسرى عليه قواعد الزواج وفقا للقواعد العامة »[1] . بل ان المادة ٣١ من مشروع القانون المدنى قد أيدت هذا الاتجاه صراحة بالنص على خضوع البنوة الشرعية لقانون الأب . ولم تحذف هذه المادة لعدول المشرع عنها وانما كان سبب حذفها كونها تعالج مسألة تفصيليا[2] . ومن ثم يبدو لنا من العسير فهم اشارة المادة ٩٠٥ الى تطبيق قانون من يراد الانتساب اليه من الوالدين بأنه عدول عما استقر عليه العمل من هذا الصدد .

ولو فرضنا جدلا أن المادة ٩٠٥ تتضمن قاعدة اسناد خاصة بالبنوة الشرعية فانه يبدو لنا من العسير تطبيق هذا النص من الناحية العملية . فدعوى البنوة الشرعية سواء رفعت ضد الأب أم ضد الأم من الناحية الاجرائية ، فانها من الناحية الفعلية انما تشمل الاثنين معا . ذلك أن تقرير النسب الشرعى انما يفيد انتماء الابن الى الأب والأم معا نتيجة ارتباطهما بعلاقة زوجية . وعلى ذلك لا يتصور أنه لمجرد اختلاف الشخص المرفوع ضده الدعوى ابتداءا يختلف القانون الواجب التطبيق ، طالما كان الحكم الذى سيصدر ينصب فى واقع الأمر على علاقة الابن بالوالدين معا فى ذات الوقت . فطبيعة دعوى النسب الشرعى لا يتصور فيها تقرير الانتساب الى أحد الوالدين دون الآخر لمجرد كونها قد رفعت ابتداء ضد أحد الوالدين دون الآخر ، اذ هى تفترض انتساب الابن الى الوالدين معا لارتباطهما برابطة الزوجية لحظة ميلاد الابن . وبعبارة أخرى . فان دعوى النسب الشرعى تتضمن المطالبة بالانتماء الى الوالدين ، أى الى كلا الزوجين فى نفس الوقت . ومن ثم فانه لا يمكن التسليم بما ذهب اليه الفقه من تطبيق قانون الأب أحيانا وتطبيق قانون الأم أحيانا أخرى فى دعوى النسب الشرعى. لذلك نرى أن اشارة المادة ٩٠٥ الى تطبيق قانون الوالد المراد الانتساب

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية الجزء الأول صفحة ٢٦٠ .
(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية الجزء الأول صفحة ٢٦١ .

اليه يتعين فهمها فيما يتعلق بالبنوة الشرعية فى ضوء طبيعة هذه البنوة باعتبارها أثرا من آثار الزواج ، أى خضوعها لقانون جنسية الزوج وقت الزواج دون الاعتداد بالتغير الذى قد يطرأ على جنسية الزوج فيما بين وقت الزواج ولحظة ميلاد الابن • أما اذا كان أحد الزوجين مصريا وقت الزواج فيطبق حينئذ القانون المصرى وفقا لنص المادة ١٤ من القانون المدنى •

١٩٧ — أما بالنسبة للبنوة الغير شرعية • فنظرا لأن طبيعتها تفترض قصر الانتساب الى أحد الوالدين دون أن يتضمن ذلك بالضرورة الانتساب الى الوالد الآخر ، فانه يبدو لنا فى هذه الحالة وجوب الرجوع الى قانون جنسية الشخص المطلوب الانتساب اليه سواء كان الأب أم الأم • والواقع أن نص المادة ٩٠٥ أفاد فى هذا الصدد ، اذ أكد استبعاد قانون الابن من مجال البنوة الغير شرعية •

أما فيما يتعلق بالوقت الذى يعتد فيه بجنسية الشخص المراد الانتساب اليه ، فانه يتعين فى رأينا الاعتداد بوقت الميلاد نظرا لأنه الوقت الذى ترجع اليه البنوة الغير شرعية •

## المبحث الثانى

## التبنى

٢٧٤ — التبنى هو تصرف قانونى يؤدى الى خلق بنوة مصطنعة بين شخصين لا تقوم بينهما رابطة الدم • وهو نظام معروف فى مختلف الشرائع وان كانت الشريعة الاسلامية تجهله •

وقد نص المشرع على القاعدة التى تحكم انعقاد التبنى وصحته فى الكتاب الرابع من قانون المرافعات • فتقضى المادة ٩١١ من القانون المذكور بأنه « اذا كان قانون بلد الشخص الذى يريد التبنى وقانون بلد الشخص المراد تبنية يجيزان التبنى يثبت التبنى بمحضر يحرر لدى رئيس المحكمة الابتدائية التابع لها موطن أحدهما ويدون فى هذا المحضر اقرارات الطرفين شخصيا بعد التحقق من توفر الشروط

والأحكام التى ينص عليها القانونان المذكوران لانعقاده وصحته » وتضيف المادة ٩١٨ أنه « تختص المحكمة التى أصدرت الحكم بالتصديق على التبنى بنظر الدعوى ببطلان التبنى أو الحكم بالتصديق عليه وبدعوى الرجوع فى التبنى وتفصل المحكمة فيها وفقا للأحكام والشروط التى ينص عليها قانونا بلدى الطرفين » .

ويتضح من هذين النصين أن المشرع قد أخضع انعقاد التبنى وشروط صحته لقانون كل من المتبنى والمتبنى[1] . وقد حسم المشرع بذلك الخلاف القائم فى القانون الدولى الخاص المقارن حول تفضيل قانون المتبنى[2] أو قانون المتبنى[3] أو القانون الذى يحكم آثار الزواج[4] . وجدير بالذكر أن المشروع التمهيدى للقانون المدنى كان يتضمن نصا شبيها بنص المادة ٩١١ من قانون المرافعات . غير أن القانون المدنى صدر خلوا من هذا النص .

١٩٨ ــ أما فيما يتعلق بالقانون الذى يحكم شكل التبنى فيتعين الرجوع الى القاعدة العامة الواردة بالمادة ٢٩ من القانون المدنى المتعلقة بشكل التصرفات باعتبار التبنى تصرفا قانونيا ينشأ بين

---

(١) ومن امثلة شروط صحته التبنى كما ورد بالمذكرة الايضاحية بشأن المادتين المذكورتين « اشتراط ان يستند طلب التبنى الى سبب مشروع وان تترتب عليه مزايا للمطلوب تبنيه والا يقل عمر طالب التبنى عن سن معينة وان يكون الفرق بين عمره وعمر المطلوب تبنيه قدرا معينا من السنوات والا يكون لطالب التبنى ذرية شرعية والا يتبنى شخص لاكثر من واحد الا ان يكون طالبا التبنى زوجين . واشتراط ان يمثل المطلوب تبنيه وصيه اذا كان قاصرا وعمره اقل من سن معينة . وان يوافق ابواه أو احدهما على التبنى اذا كان على قيد الحياة. واجراءات هذه الموافقة وحكم قبول احداهما ومعارضة الآخر ، واثر هذه المعارضة ، وان التوكيل لا يجوز فى الموافقة على التبنى . وانه لايجوز الرجوع فيه ومدى مايجوز ان يشمله عقد التبنى من الحد من الحقوق والالتزامات المترتبة » . المذكرة الايضاحية للقانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٥١ ص ١٩ وما بعدها .

(٢) ومثال ذلك ما نصت عليه المادتين ٢٢ و ٢٣ من القانون المدنى اليونانى .

(٣) انظر Niboyet : Cours de droit international privé فقرة ٥٩٤ .

(٤) انظر فى ذلك Batiffol المرجع السابق فترة ٤٦٤ .

شخصين[1] وتقضى هذه المـادة بأن « العقود ما بين الأحياء تخضع فى شكلها لقانون البلد الذى تمت فيه ، ويجوز أيضـا أن تخضع للقانون الذى يسرى على أحكامها الموضوعية ، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونها الوطن المشترك » • وقد أوضح المشرع الأوضـاع الواجبة الاتباع من حيث الشكل لو تم التبنى فى مصر فى المواد ٩١١ و ٩١٣ و ٩١٦ و ٩١٧ ويستفاد من هذه المواد وجوب توثيق العقـد فى محضر لدى رئيس المحكمة الابتدائية التابع لها موطن أى من الطرفين ثم تصديق المحكمة على المحضر ثم نشر ملخص الحكم القاضى بالتصديق ثلاث مرات فى مدى تسعين يوما فى صحيفتين يوميتين تعينهما المحكمة والتأشير بمنطوق الحكم خلال تسعين يوما تالية لصدوره على هامش دفتر مواليد الجهة التى بها محل ميلاد المتبنى ، والتأشير بمضـمون الحكم فى هامش شهادة الميلاد • واذا كان المتبنى قد ولد فى الخارج فيجب تسجيل الحكم فى دفتر يعد لذلك فى قلم كتاب محكمة القاهرة •

١٩٩ — ولم ينص المشرع صراحة فى قانون المرافعات على القانون الذى يحكم آثار التبنى كبيان الحقوق والالتزامات التى تترتب على التبنى بالنسبة للطرفين • غير أن المذكرة الايضاحية للكتاب الرابع من قانون المرافعات أوضحت أن « التبنى يخضع من حيث الشروط الواجب توافرها لانعقاده وصحته والآثار التى تترتب عليه لأحـكام قانونى بلد الطرفين » • وقد أخذ فريق من الفقه بهذا الاتجاه • غير أن غالبية الفقه ترى بحق وجوب خضوع آثار التبنى لقانون واحد كما أكد القضاء هذا المعنى فى بعض أحكامه[1] ، وأكدته المذكرة الايضاحية للقـانون المدنى • غير أن الفقه أنشق حول تحديد هذا القانون • فذهب البعض

---

(١) انظر الدكتور منصور مصطفى منصـور تنازع القوانين ص ٢٤٦ والدكتور هشام صادق المرجع السابق ص ٥٨٣ .

(٢) انظر الدكتور جابر جاد عبد الرحمن : تنازع القوانين (سنة ١٩٧٠) صفحة ٤٠٩ حيث يذكر دون اشارة للمذكرة الايضاحية انه « اذا وقع التبنى صحيحا ، ترتبت عليه آثاره وفق قانون المتبنى والتبنى » .

(١) انظر حكم محكمة مصر الابتدائية الصادر فى ١٦ ديسمبر ١٩٥٨ فى القضية رقم ٦٧ لسنة ١٩٥٨ ( أحوال شخصية ) حيث قررت المحكمة تطبيق قانون الشخص طالب التبنى على آثار التبنى ومنهـا حمل الطفل المتبنى لاسم طالب التبنى •

الى وجوب تطبيق قانون طالب التبنى باعتبـاره رب الأسرة[1] وذهب البعض الآخر الى تطبيق قانون المتبنى تأسيسا على أن التبنى أكثر صلة بحالة المتبنى منه بحالة طالب التبنى [2] .

٢٠٠ – وجدير بالذكر أن فريق من الفقه المصرى يرى عدم جواز الاعتراف بنظام التبنى فى مصر اذا كان أحد أطراف العلاقة يدين الاسلام ولو كان قانون جنسيته يجيزه . ذلك أن اعمال القـانون الاجنبى الذى يجيز التبنى يعتبر مخالفا للشريعة الاسلامية التى يقوم عليها النظـام العام فى هذا الصدد[3] .

## المبحث الثـالث

## النفقة بين الأقارب

٢٠١ – ويقصد بالقرابة الصلة القائمة بين الأشخاص بناء على دم أو اصل مشترك سواء كانت قرابة مباشرة أو قرابة حواش . والقرابة المباشرة هى التى تقوم على تسلسل عمودى بين من تجمعهم وحدة الدم، أى هى « الصلة ما بين الأصول والفـروع » [4] . أما قرابة الحواشى ، فهى الصلة التى تقوم بين من يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعا للآخر كالقرابة بين الأخ وأخيه وبين الشخص وخاله [5] .

---

(١) أنظـر الدكتور عز الدين عبد الله القانون الدولى الخاص ( الجزء الثانى ) ص ٢٤٠ .

(٢) الدكتور محمد كمال فهمى . أصول القانون الدولى الخاص ص٣٤٨ .

(٣) انظر فى ذلك الدكتور احمد قسمت الجداوى :
Relations entre système confessionnel et système laïque.
صفحة ٢٣٠ وما بعدها .

(٤) المادة ١/٥٥ من القانون المدنى المصرى .

(٥) أنظـر فى ذلك الدكتور حسن كيره : المدخل الى القانون (١٩٦٧) ص ٦٨٧ .

كذلك ينشىء الزواج قرابة بالمصاهرة بين الزوج وأقارب الزوج الآخر وقد نصت على ذلك المادة ٣٧ من القانون المدنى المصرى اذ تقضى بأن « أقارب أحد الزوجين يعتبرون فى نفس القرابة والدرجة بالنسبة الى الزوج الآخر » • غير أن هذه القرابة لا تربط بين هؤلاء الأقارب وبين أقارب الزوج •

٢٠٢ — وتقضى المادة ١٥ من القانون المدنى بأنه « يسرى على الالتزام بالنفقة فيما بين الأقارب قانون المدين بها » • ويتضح من الأعمال التحضيرية أن عبارة فيما بين الأقارب قد أضيفت « لاخراج ما يعتبر من النفقات أثرا للزواج وفقا لأحكام النصوص السابقة » [١]• وقد سبق أن عرضنا للنفقة التى تترتب كأثر للزواج أو لانقضائه وبينا القانون الذى يحكمها •

ويستفاد من نص المادة ١٥ من القانون المدنى أن النفقة بين الأقارب تخضع لقانون جنسية الشخص المطالب بها • وقد استعمل المشرع عبارة « قانون المدين بها » وهو تعبير معيب ينطوى على مصادرة على المطلوب ، اذ يفترض سلفا أن الشخص مدين بالنفقة فى حين أن قانون جنسيته هو الذى يحدد ما اذا كان يعد مدينا بالنفقة أم لا [٢] •

ويتكفل قانون جنسية الشخص المطالب بالنفقة بتحديد من تجب له النفقة كما يحدد الشخص الملتزم بأداء هذه النفقة ومدى الالتزام بالنفقة وسقوط هذا الالتزام[٣] • والنفقة التى يسرى عليها قانون المطالب بها هى النفقة العادية التى تقرر وفقا للقواعد الموضوعية وليست النفقة الوقتية التى يطالب بها الأقارب بصفة عاجلة حتى يتم الفصل فى الدعوى المنظورة أمام القضاء • وقد سبق أن أوضحنا أن النفقة الوقتية تخضع لقانون القاضى أى للقانون المصرى اما على أساس كونها من الاجراءات الوقتية وأما باعتبارها تتعلق بالآمن المدنى[٤] •

---

(١) مجموعة الأحكام التحضيرية الجزء الأول ص ٢٦٥ •
(٢) انظر الدكتور محمد كمال فهمى فقرة ٣٦٨ •
(٣) راجع الدكتور جابر جاد عبد الرحمن : المرجع السابق ص ٤٢٠ •
(٤) انظر فى هذا المعنى الدكتور عز الدين عبد الله المرجع السابق فقرة ١٠٩ والدكتور منصور مصطفى منصور المرجع السابق ص ٢٤٧ •

# الفصل الثالث

## الأهلية والنظم الخاصة بحماية غير كاملى الأهلية

## § ١ ـ أهلية الأداء

**القاعدة بالنسبة لأهلية الأداء العامة :**

٢٠٣ ـ تقضى المادة ١١ من القانون المدنى كما سبق أن رأينا بان « الحالة المدنية للاشخاص وأهليتهم يسرى عليها قانون الدولة التى ينتمون اليها بجنسيتهم » •

وقد تضمنت هذه المادة احدى القواعد الأساسية فى تنازع القوانين وهى قاعدة خضوع الحالة والأهلية لقانون الجنسية • وقد سبق أن أوضحنا المقصود بالحالة ، ويتعين علينا الآن تحديد معنى الأهلية التى قصد المشرع اخضاعها لقانون الجنسية •

واصطلاح الأهلية اصطلاح يندرج تحته العديد من أنواع الأهلية بعكس الحال فى بعض اللغات القانونية الأكثر دقة كاللغة الألمانية • فاصطلاح الأهلية يندرج تحته أهلية الوجوب Rechtsfahigkeit كما يندرج تحته أهلية الأداء Handlungsfahigkeit وهو يشمل كذلك أنواعا أخرى كأهلية المساءلة عن الفعل الضار Deliktsfahigkeit وأهلية الالتجاء الى القضاء Prozessfahigkeit •

٢٠٤ ـ واذا ما استعرضنا مختلف أنواع الأهلية وجدنا أن الأهلية التى قصد المشرع اخضاعها لقانون الجنسية هى أهلية الأداء العامة أى قدرة الشخص على ممارسة الحقوق • وتتميز قواعد هذا النوع من الأهلية بأنها تهدف الى حماية الشخص نفسه كما أن مناطها فكرة التمييز[١] •

---

(١) انظر الدكتور حسن كيرة : المدخل الى القانون (١٩٦٧) صفحة ٧٢٦ .

أما باقى أنواع الأهلية ، فهى تخضع لقوانين أخرى ، فأهلية الوجوب مثلا Capacité de Jouissance أى القدرة على التمتع بالحقوق[1] فتخضع لقانون الدولة المراد التمتع بالحق على اقليمها فضلا عن خضوعه للقانون الذى يحكم نشأة الحق ذاته . وبعبارة أخرى فان هذه الأهلية لا يحددها قانون الجنسية كما هو الحال بالنسبة لأهلية الأداء[2] . كذلك تخرج أهلية المساءلة عن الفعل الضار من مجال تطبيق قانون الجنسية لتخضع للقانون الذى يحكم الفعل الضار ، أى قانون محل وقوع الفعل ، كما تخرج أهلية الشخص للتقاضى من مجال تطبيق قانون الجنسية لتخضع لقانون القاضى .

٢٠٥ - كذلك يخرج من مجال قانون الجنسية ما جرى العمل على تسميته بحالات عدم الأهلية الخاصة incapacités spéciales وهى حالات يمنع فيها الشخص من القيام بتصرفات معينة ، فهى فى حقيقتها من موانع التصرف التى ترتبط بأنواع معينة من النشاط ، ولا يقوم المنع من التصرف فيها على أساس حماية الشخص نفسه كما أن مناط المنع ليس عدم القدرة على التمييز كما هو الحال بالنسبة لأهلية الأداء ، وانما المنع مرتبط بطبيعة التصرف ذاته ويقصد به حماية مصلحة عامة أو حماية الغير[3] ، من ذلك منع القانون الفرنسى للطبيب من تلقى تبرعا من المريض أثناء مرض الموت ومع النائب من أن يشترى لنفسه ما يناط به بيعه بمقتضى النيابة ومنع عمال القضاء من شراء الحقوق المتنازع عليها . وقد استقرت غالبية الفقه على اخضاع حالات عدم الأهلية

---

(١) ومن غير المتصور ان يكون الحرمان من اهمية الوجوب عاما والا كان بمثابة الموت المدنى ، وهو امر تأباه النظم القانونية الحديثة . فهذا الحرمان لايرد الا على فئات معينة من الحقوق كالحق فى التملك مثلا . انظر فى ذلك, **Capacité : Repertoire de droit international (D. . oz)** فقرة ١٨ .

(٢) انظر مع ذلك الدكتور جابر جاد عبد الرحمن تنازع القوانين صفحة ١٢٩ .

(٣) انظر Guinand : Les conflits de lois en matière de capacité صفحة ٧٢ وما بعدها .

الخاصة أو موانع التصرف للقانون الـذى يحـكم التصرف ذاتـه[1] Lex Causae. فهذه الموانع تعتبر فى حقيقة الأمر قيـودا على أهلية الوجوب بالنسبة للتصرفـات الواردة بشـأنها ولا تدخل فى اطـار أهلية الأداء العامة[2] •

وقد أكدت المذكرة الايضاحية للقانون المدنى هذا المعنى ، اذ ذكرت أن المشروع « لم ينص على خضوع الأهلية المقيدة أو الخاصة لقانون الجنسية على نقيض ما تقضى به المـادة ١٣٠/١٩٠ من التقنين المدنى السـابق لأن لهذه الأهلية وضعا خاصـا يحسن أن يترك لاجتهـاد القضاء »[3] •

٣٠٦ — وبذلك يمكننا حصر مجـال تطبيق قانون الجنسية بالنسبة لحالات أهلية الأداء العامة دون غيرها • فيتكفل قانون جنسـية الشخص بتحديد ما اذا كان الشخص رشيدا أو ناقص الأهلية أو عديمها ، كما يتكفل بتحديد قدرة ناقص الأهلية على ابرام التصرفات القانونية ، فيحدد التصرفات التى لا يستطيع ناقص الأهلية القيام بها دون الوصى أو القيم • وتلك التى يجوز له القيام بها بمفرده • كما يحدد الشروط الواجب توافرهـا لانهاء نقص الأهلية • ويحدد قانون الجنسـية كذلك الجزاء المترتب على نقص الأهلية ، فهو الذى يحدد ما اذا كان يتعين أبطال التصرف أو اذا كان من الممكن اجازته ، كما يحدد الأشخاص الذين لهم حق الطعن فى التصرف بسبب نقص الأهلية والمواعيد التى يجب أن يتم خلالها هذا الطعن • وكذلك يتكفل قانون الجنسـية ببيان الحالات التى يجوز فيها تصحيح التصرف وتحديد الشروط الواجب توافرها لاجراء هذا التصحيح • كذلك يرجع لقانون الجنسـية لتحديد

---

(١) انظر Guinand المرجع السابق ص ٧٤ وانظر كذلك :
Batiffol et Lagarde; Le droit international privè.
( الطبعة الخامسة ) فقرة ٤٨٧ •
وراجع الدكتور محمد كمال فهمى : اصول القانون الدولى الخاص ص ٤٤٢ والدكتور منصور مصطفى منصور .تنازع القوانين ص.٢٥٠ والدكتور هشام صادق تنازع القوانين ( الطبعة الثانية ) ص ٢٥٠ •
(٢) انظر رسالة الأستاذ Batiffol •
La capacité civile des étrangers en France ص ٢١٠.
(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية الجزء الأول صفحة ٢٤٣ ،

عوارض الأهلية وما يترتب عليها من آثار وتحديد موانع الأهلية العامة التى تترتب على العاهة أو الغيبة المقررة بحكم قضائى .

والعبرة بقانون جنسية الشخص وقت القيام بالتصرف المراد تحديد الأهلية بالنسبة له . فاذا قام شخص بتصرف معين يعتبره قانون جنسيته أهلا للقيام به فان هذا التصرف يظل صحيحا حتى ولو غير الشخص جنسيته فى تاريخ لاحق وكان قانون جنسيته الجديدة لا يعتبره أهلا للقيام بهذا التصرف[1] .

٢٠٧ — وجدير بالذكر أن خضوع أهلية الأداء أو بعبارة أدق حالات انعدام أهلية الأداء لقانون الجنسية ليست بالقاعدة العامة التطبيق فى مختلف الدول . فغالبية الولايات بالولايات المتحدة الأمريكية تخضع هذه الأهلية القانون الذى يحكم التصرف ذاته ، فبالنسبة للتصرفات الارادية تخضع الأهلية لقانون محل ابرام التصرف[2] . كذلك فان الأهلية اللازمة لترتيب الحق على العقار تخضع فى الدول المتأثرة بالقانون الانجلو أمريكى Common Law لقانون موقع المال[3] .

كذلك فان العديد من الدول التى تعتد بالقانون الشخصى فى مسائل الأهلية تفضل الأخذ بقانون الموطن على قانون الجنسية كما هو الحال بالنسبة للارجنتين والبرازيل وجواتيمالا ولأروجواى[4] .

وهناك اتجاه قوى نحو اشراك قانون الموطن مع قانون الجنسية فى حكم مسائل اشراك . من ذلك ما ذهب اليه الاتحاد السوفييتى[5]

---

(١) قارن Guinand المرجع انسابق .

(٢) انظر Beale : A treatise on the conflict of laws الجزء الثانى صفحة ٦٦٥ .

(٣) انظر Dicey : Conflict of Laws ( الطبعة الثامنة ) صفحة ٥٢١ وصفحة ٥٣٠ .

(٤) انظر Guinand المرجع السابق ص ٢٤ . وقد سبق أن عرضنا للمفاضلة بين كل من قانونى الموطن والجنسية بالنسبة لمسائل الحالة والأهلية .

(٥) انظر فى ذلك :
Szasy; Private International Law of Socialist countries.
منشور فى مجموعة محاضرات أكاديمية القانون الدولى سنة ١٩٦٤ الجزء الثالث ص ٢٤٨ .

وبعض دول أمريكا اللاتينية كالمكسيك وبيرو وشيلى وفنزويلا من تطبيق نظام مختلط مقتضاه اخضاع أهلية الأداء بالنسبة للوطنيين لقانون الجنسية واخضاع ذات الأهلية لقانون الموطن اذا ما تعلق الأمر بالأجانب• كذلك ذهبت الدول الاسكندنافية الى الأخذ بنظام مختلط ولكن بشكل عكسى ، اذ قررت اخضاع أهلية الوطنيين لقانون الموطن بينما أخضعت أهلية الأجانب لقانون جنسيتهم [1] •

**استبعاد القانون الواجب التطبيق على الأهلية :**

٢٠٨ - قد يصطدم قانون الجنسية الذى تتحدد به أهلية الأداء على النحو السالف الذكر بالأسس التى يقوم عليها النظام القانونى الوطنى مما يقتضى استبعاد تطبيق هذا القانون اعمالا لفكرة النظام العام • وقد يتحقق هذ التعارض اذا كان قانون الجنسية يقضى بانعدام أهلية الأداء أو نقصها لأسباب عنصرية أى بسبب الجنس أو اللون أو الدين كما كان الحال فى ظل النظام النازى بألمانيا وكما هو الحال فى بعض الولايات بالولايات المتحدة الأمريكية • وكذلك الحال اذا كان نقص الأهلية راجعا لأسباب سياسية • ففى مثل هذه الحالات يتعين استبعاد قانون الجنسية الواجب التطبيق واعتبار الشخص أهلا بالرغم مما يقضى به قانون جنسيته •

كذلك يتعين استبعاد قانون الجنسية اذا كان قد تم التوصل الى تطبيقه عن طريق التحايل ، وذلك بأن يكون الشخص قد غير جنسيته بقصد الهروب من قانون جنسيته التى تعتبره غير أهل لمباشرة التصرف وذلك بالدخول فى جنسية جديدة تعتبره كامل الأهلية فى هذا الصدد[2]•

غير أنه بالاضافة الى هاتين الحالتين العامتين لاستبعاد القانون

---

(١) انظر مقال الأستاذ : Nadelmann منشور فى American Journal of International Law سنة ١٩٦٣ صفحة ٣٨٩ •

(٢) انظر : Répertoire Dalloz, Capacité فقرة ٦٢ وما بعدها .

الواجب التطبيق ، فانه يوجد استثناء هاما على قاعدة خضوع الأهلية لقانون الجنسية ، وهو استثناء نص عليه التشريع المصرى كما تضمنته الكثير من التشريعات الأخرى وأخذ به القضاء فى فرنسا والدول المتأثرة بالنظام القانونى الفرنسى .

**الاستثناء الوارد على القاعدة العامة بشأن الأهلية :**

٢٠٩- أتى المشرع المصرى باستثناء هام على قاعدة خضوع الأهلية لقانون الجنسية اذ نص فى الفقرة الثانية من المادة ١١ من القانون المدنى على أنه « ومع ذلك ففى التصرفات المالية التى تعقد فى مصر وتترتب آثارها فيها اذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع الى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الثانى تبينه ، فان هذا السبب لا يؤثر فى أهليته » .

ويتضح من المذكرة الايضاحية لمشروع القانون المدنى أن المشرع استوحى هذا الاستثناء من نظرية شهيرة أخذ بها القضاء الفرنسى فى القرن التاسع عشر وعرفت فى حينها بنظرية المصلحة الوطنية . فقد اضطرد القضاء الفرنسى منذ حكم محكمة النقض الصادر سنة ١٨٦١ فى قضية ليزاردى الشهيرة[1] على عدم وجوب الاعتداد بنقص الأهلية المقرر فى قانون المتعاقد الأجنبى ما دام أن المتعاقد الفرنسى لم يكن

---

(1) Affaire Lizardi وتتلخص وقائع هذه القضية فى أن شابا مكسيكيا وهو المدعو ليزاردى قام بشراء مجوهرات فى فرنسا من تاجر وحرر سندات عليه بالثمن . ولما طولب بالوفاء احتج بابطال السندات بسبب نقص اهليته تأسيسا على ان سن الرشد فى القانون المكسيكى ٢٥ سنة وانه لم يكن بالغا من العمر اكثر من ٢٣ سنة وقت تحرير السندات غير ان قضاة الموضوع حكموا بصحة السندات والزموا الشاب المكسيكى بالدفع وقد أيدت محكمة النقض قضاة الموضوع مقررة انه « لا يجوز أن يفترض فى الفرنسى العلم بكافة قوانين دول العالم وخاصة النصوص المتعلقة بنقص الأهلية والرشد . وعلى ذلك يكفى لصحة العقد ان يكون الفرنسى قد تعاقد بحسن نية وبدون خفة Sans legérete وبدون رعونه Sans imprudence. حكم محكمة النقض الفرنسى الصادر فى ١٦ يناير ١٨٦١ D. P 1861 - 1 - 193 وراجع تفصيلاته كذلك فى Niboyet, Traité الجزء الخامس فقرة ١٩٣٨

متعمنا فى جهـ [illegible] الأجنبى وانه قد تعاقد بغير خفة وبدون رعونه وكان حسن النية[1] •

وتتضمن الكثير من التشريعات الحديثة نصوصا تهدف الى تحقيق نفس الغرض • من ذلك الفقرة الثالثة من المـادة السابعة من قانون تقديم القانون المدنى الألمانى التى تقضى بأنه « اذا أبرم أجنبى تصرفا قانونيا فى ألمانيا وكان عديم الأهلية أو ناقصها بالنسبة لهذا التصرف فانه يعد مع ذلك أهلا لابرام هذا التصرف اذا كان القانون الألمـانى يعتبره كذلك » • ومن ذلك أيضـا المادة ٢/١٧ من الأحكام التمهيـدية للقانون الايطالى والمـادة التاسعة من القانون المدنى اليونانى والمادة ٣/٩ من مجموعة القانون الدولى الخاص البولونى والمـادة ٢/٢٨ من القانون المدنى البرتغالى والمادة ٢/١٨ من القانون المدنى العراقى والمـادة ١٢ من القانون المدنى السورى •

### شروط أعمال الاستثناء :

٢١٠ ــ وقد اشترط المشرع لعدم الاعتداد بنقص الأهلية الوارد فى القانون الاجنبى توافر الشروط الآتية :

**الشرط الأول :** أن يكون التصرف ماليا • فاذا خرج التصرف من دائرة التصرفات المالية كأن تعلق باحدى مسائل الأحوال الشـخصية فان الاستثناء الذى أوردته المـادة ٢/١١ لا يسرى •

وقد اقتصر المشرع فى المـادة ٢/١١ على اشتراط وقوع التصرف فى دائرة المعاملات المالية دون تحديد لدرجة خطورة للتصرف • وقـد ذهب فريق من الفقه الى قصر حكم هذه المـادة على العقود الجـارية نظرا لأن هذه العقود « هى التى تتم سراعا ولا تعطى العاقد فرصـة

---

(٢) وقد حاول الفقه الفرنسى تبرير هذا القضاء ورده الى أصول فقهية علمية لا مجال للدخول فيها نظرا لأن المشرع قد أغنانا عناء البحث عن أساس فقهى لهذا الاستثناء بالنص الصريح الذى أتى به . انظر فى ذلك Batiffol المرجع السابق فقرة ٤٦١ وانظر كذلك Niboyet المرجع السابق •

تقصى أهلية العاقد الآخر ، أما العقود ذات الحظر كبيع العقار ورهنه ، فهى تستلزم قدراً من الحذر والحيطة وتقصى أهلية العاقد » • ومن ثم فهى تخرج من مجال اعمال الاستثناء الوارد بالمادة ٢/١١[1] •

غير أننا نرى ، مع فريق آخر من الفقه المصرى ، أن اخراج التصرفات ذات الخطر من مجال تطبيق المادة ٣/١١ ينطوى على تقييد لا يحتمله النص خاصة وأن مدى القدرة على تبين نقص أهلية المتعاقد الأجنبى مسألة موضوعية متروكة لتقدير القاضى ، ولا شك أنه كلما زادت خطورة التصرف كلما كان القدر المطلوب من الحذر فى نقص أهلية المتعاقد أكبر[2] •

**٢١١ـ الشرط الثانى : أن يكون التصرف معقودا فى مصر وتترتب آثاره فيها :**

ويستخلص من هذا الشرط أن المشرع قصد حماية المعاملات التى تتصل بحياة المجتمع الوطنى اتصالا وثيقا وهو لم يكتف للتحقق من قيام هذه الصلة بكون التصرف قد أبرم فى مصر بل تطلب كذلك أن تكون آثار هذا التصرف مرتبطة بالاقليم المصرى ومترتبة فيه •

ويستخلص من اقتصار نص المادة ٢/١١٥ على اشتراط كون التصرف قد عقد فى مصر وترتبت آثاره فيها وعدم اشتراط كون المتعاقد المراد حمايته مصريا أن الهدف الحقيقى للمشرع هو حماية المعاملات التى تتم فى الاقليم المصرى وذلك بغض النظر عن جنسية المتعاقدين • وبعبارة أخرى فان المشرع لم يقصد بالنص على هذا الاستثناء حماية المتعاقد الوطنى فحسب اذا ما تعامل مع أجنبى ناقص الأهلية وفقا لقانونه لسبب فيه خفاء • بل ان هذا الاستثناء يحمى كذلك المتعاقد الأجنبى الذى يتعاقد مع أجنبى آخر وكان هذا الأخير ناقص الأهلية وفقا لقانونه لسبب فيه خفاء[3] •

---

(١) انظر الدكتور عز الدين عبد الله المرجع السابق فقرة ٨٤ •

(٢) الدكتور منصور مصطفى منصور • تنازع القوانين ص ٢٥٠ • وانظر كذلك الدكتور هشام صادق المرجع السابق ص ٦٠٣ •

(٣) ومن البديهى انه اذا كان المتعاقدان ينتميان الى نفس الجنسية فلا مبرر للأخذ بالاستثناء المقرر بالمادة ٢/١١ اذ أن نقص أهلية اى من المتعاقدين =

٢١٢ - وبالرغم من أن القانون الألمانى يتضمن شرطا مماثلا مقتضاه وجوب ابرام التصرف فى ألمانيا ، فان الفقه قد تساءل مع ذلك عن مدى امكان شمول الاستثناء للتصرفات التى تتم فى الخارج سواء بين وطنى وأجنبى أم بين أجنبيين • فذهب بعض الفقه الى أنه يجب اعمال الاستثناء كذلك لو تم ابرام التصرف فى الخارج اذا كان أحد المتعاقدين وطنيا ناقص الأهلية وفقا لقانونه الوطنى ولكنه كامل الأهلية وفقا لقانون دولة محل الابرام • وقد تضمن مشروع القانون الدولى الخاص الفرنسى نصا بهذا المعنى ( الفقرة الثانية من المادة ٢٩ من المشروع الأول ) تحت تأثير الفقيه Niboyet الذى يرى عدم امكان تطبيق هذا الاستثناء من ناحية واحدة unilatéral والا فقد الأساس الذى يقوم عليه [1] اما اذا كان طرفا العقد المبرم فى الخارج من الأجانب فقد انقسم الفقه حول مدى امكان الأخذ بالاستثناء فى هذه الحالة • ويرى فريق من الفقه الألمانى الحديث امكان اعمال الاستثناء اذا كان قانون دولة محل الابرام يتضمن نصا مماثلا للنص الوارد بالتشريع الألمانى[2] • ومن الواضح أن هذا الاتجاه تمليه الرغبة فى حماية المعاملات الدولية عامة Verkehrsshutz وليس مجرد حماية المعاملات داخل اقليم الدولة •

ويثور السؤال عن مدى امكان الأخذ بهذا الاتجاه فى مصر • لا شك أنه من العسير الاستناد الى نص المادة ٢/١١ للقول بذلك • غير أنه ليس هناك ما يمنع القضاء من الأخذ بهذا الاتجاه الذى يتلاءم

---

= لا يجوز أن يخفى على المتعاقد الآخر الذى ينتمى لنفس الدولة ويخضع لنفس القانون من حيث الأهلية •

وجدير بالذكر أنه بالرغم من أن الأصل فى فكرة المصلحة الوطنية التى جرى عليها القضاء الفرنسى منذ القرن الماضى هو حماية الوطنيين فقط الا أن القضاء الفرنسى قد تحرر من هذا القيد واستقر على وجوب حماية المتعاقد وطنيا كان أم أجنبيا اذا كان نقص أهلية المتعاقد الأجنبى الآخر يرجع لسبب فيه خفاء راجع Batiffol المرجع السابق فقرة ٤٩٢ •

(١) انظر : Niboyet, traité الجزء الخامس فقرة ١٣٨ه ص ٥٢١ •

وانظر كذلك :

Wolff : Das Internationale Privatrecht Deutschlands. ( الطبعة الثالثة ) ص ١٠٤ •

(٢) انظر :

Kegel : Internationales privatrecht. ( الطبعة الثانية ) هامش ١٧ •

مع الهدف الأساسى للقانون الدولى الخاص . فالقانون الدولى الخاص يسعى ، كما سبق أن أوضحنا ، الى تحقيق التعايش المشترك بين النظم القانونية المختلفة ، وهذا لا يتأتى سوى بحماية المعاملات الدولية دون تفرقة بين تلك التى تقوم داخل حدود الدولة وتلك التى تقوم خارج هذه الحــدود .

٢١٣ -. الشرط الثالث : أن يكون نقص أهلية المتعاقد الأجنبى راجعا الى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه . وبعبارة أخرى يجب أن يكون الطرف الآخر معذورا فى جهله بنقص أهلية المتعــاقد الأجنبى . فاذا كان نقص أهلية المتعاقد الأجنبى ظاهرا لاخفاء فيــه فانه لا يوجد مبرر لحماية الطرف الآخر اذ لا يكون حينئذ معذورا فى جهله بنقص الأهلية . وتقدير هذا العذر يجب فى رأينا أن يتم وفقــا لمعيار الرجل العادى . فاذا كان من المتعذر على الرجل العادى أن يتبين نقص أهلية المتعاقد الأجنبى أمكن اعتبار المتعاقد الآخر حينئذ معذورا فى جهله بهذا النقص[1] .

٢١٤- الشرط الرابع : أن يكون المتعاقد الأجنبى الناقص الأهليــة وفقــا لقانون جنسيته كامل الأهلية وفقا للقانون المصرى . وبالرغم من أن المــادة ٢/١١ لم تنص على هذا الشرط الا انه لا يتصور اعمال الاستثناء الوارد بهذه المــادة اذا كان المتعاقد الأجنبى ناقص الأهلية كذلك وفقا للقانون المصرى ، اذ أن ذلك « يجعل العاقد المصرى غير معذور فى جهله بنقص أهلية العاقد الأجنبى[2] .

٢١٥ - فاذا ما توافرت كافة الشروط السالفة الذكر ، فان نقص أهلية المتعاقد الأجنبى وفقا لقانون جنسيته لا يؤثر فى أهليته وبالتالى لا يؤثر فى صحة التصرف الذى قام به هذا الأجنبى وبعبارة أخــرى

---

(١) انظر كذلك الدكتور منصور مصطفى منصور المرجع السابق صفحة ٢٥٥ وانظر مع ذلك الدكتور عز الدين عبد الله المرجع السابق فقرة ٨٤ والدكتور كمال فهمى المرجع السابق فقرة ٢٠٠ ، وهما يران وجوب الأخذ فى هذا الصدد بمعيار شخصى يتوقف على كل حالة على حدة ويختلف من متعاقد الى آخــر .

(٢) انظر الدكتور عز الدين عبد الله المرجع السابق ص ٢٣٦ وانظر كذلك الدكتور منصور مصطفى منصور المرجع السابق ص ٢٥٦ .

فانه يتعين فى هذه الحالة عدم الاعتداد بالسبب الخاص الذى لابسه الخفاء[٣] بحيث يعتبر المتعاقد الأجنبى كامل الأهلية بالنسبة للتصرف محل النزاع ما لم توجد أسباب أخرى غير هذا السبب من شأنها الانتقاص من أهلية هذا المتعاقد الأجنبى .

## § ٢ ــ أهلية الاشتغال بالتجارة فى مصر

٢١٦ ــ حدد المشرع المصرى القواعد الخاصة بالأهلية التجارية بالنسبة لجميع الحالات التى يراد فيها مباشرة التجارة فى مصر أى سواء بالنسبة للمصريين أو بالنسبة للأجانب فنص فى المادة الرابعة من القانون التجارى على أنه « يسوغ لمن بلغت سنه احدى وعشرين سنة كاملة أن يشتغل بالتجارة . وأما من بلغت سنة ثمانى عشرة سنة كاملة وكان قانون أحواله الشخصية يقضى بأنه قاصر فلا يجوز أن يتجر الا بحسب الشروط المقررة فيه . واما اذا كان القانون يقضى برشده فلا يتجر الا باذن المحكمة الابتدائية » .

ويتضح من هذا النص ان المشرع فرق بين ثلاثة طوائف من الأشخاص بحسب السن .

أما الطائفة الأولى فهى طائفة الأشخاص البالغين من العمر واحد وعشرين عاما وهؤلاء يعتبرون أهلا للاشتغال بالتجارة . ولم يفرق المشرع فى هذا الصدد بين مصريين وأجانب فيكفى أن يبلغ الأجنبى واحد وعشرين عاما حتى يصبح أهلا للاشتغال بالتجارة . ولو كان قانون جنسيته لا يعتبره أهلا لذلك . وواضح ما فى هذا الحكم من خروج على المبدأ العام القاضى باخضاع أهلية الأداء لقانون الجنسية . وقد راعى المشرع فى ذلك حماية سلامة المعاملات التجارية وأمنها فى اقليم الدولة .

وأما الطائفة الثانية فهى طائفة الأشخاص الذين لم يبلغوا من العمر ثمان عشرة عاما ، وهؤلاء لا يعدون أهلا للاشتغال بالتجارة سواء كانوا

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى الجزء الأول صفحة ٢٤٥

مصريين أم أجانب ، وذلك حتى ولو كان قانون جنسيتهم الأجنبية يقضى باعتبارهم أهلا للاشتغال بالتجارة[1] •

وأما الطائفة الثالثة فهى طائفة من بلغ من العمر ثمان عشرة عاما ولم يبلغ بعد الواحدة والعشرين • وهؤلاء يختلف وضعهم وفقا لكونهم مصريين أم أجانب • فاذا كانوا مصريين خضعوا لحكم المادة ٥٧ من القانون رقم ١١٩ للسنة ١٩٥٢ التى تقضى بأنه « لا يجوز للقاصر سواء كان مشمولا بالولاية أو الوصاية أن يتجر الا اذا بلغ الثامنة عشر من عمره وأذنته المحكمة فى ذلك اذنا مطلقا أو مقيدا » •

أما اذا كانوا من الأجانب فيتعين الرجوع الى قانون جنسيتهم • فاذا كان هذا القانون يعتبرهم بالغين سن الرشد فانهم لا يستطيعون مع ذلك مباشرة التجارة فى مصر الا بعد الحصول على اذن المحكمة الابتدائية • أما اذا كان قانون جنسيتهم لا يعتبرهم بالغين الرشد فلا يجوز لهم مباشرة التجارة الا اذا كان قانونهم يجيز لهم ذلك وبعد استيفاء الشروط التى ينص عليها هذا القانون • فاذا كان قانون جنسية الأجنبى يتطلب مثلا الحصول على اذن مجلس العائلة فيتعين استيفاء هذا الشرط لامكان الاشتغال بالتجارة فى مصر • ولكن هل يتعين حينئذ الحصول على اذن من المحكمة الابتدائية كذلك ؟ يبدو لنا أن نص المادة الرابعة من القانون التجارى يقتصر بالنسبة لهذه الحالة على اشتراط توافر الشروط المقررة فى القانون الأجنبى • فاذا ما توافرت هذه الشروط حل ذلك محل شروط الأذن المتطلب من المحكمة الابتدائية والذى نص المشرع عليه بالنسبة للأشخاص البالغين سن الرشد وفقا للقانون الأجنبى فحسب[2] •

٢١٧ — ويدق الأمر بالنسبة للمرأة المتزوجة ، اذ تحد بعض التشريعات أهليتها فى الاتجار وتعلقه على موافقة الزوج ، وذلك على خلاف الشريعة الاسلامية التى لاتقيد أهلية المرأة المتزوجة لمباشرة التجارة • فهل تخضع أهلية المرأة المتزوجة فى هذا الصدد للقانون المصرى باعتباره قانون مقر مباشرة التجارة وباعتبار أن الأمر يتعلق بسلامة المعاملات

---

(١) انظر الدكتور محسن شفيق : الوسيط فى القانون التجارى المصرى الجزء الأول فقرة ١١١ .

(٢) انظر فى هذا المعنى الدكتور عز الدين عبد الله المرجع السابق فقرة ٨٣

التجارية وأمنها وحماية الغير فى أقليم الدولة ؟ أم هل تخضع هـذه الأهلية للقانون الذى يحكم آثار الزواج تأسيسا على أن نقص الأهلية فى هذه الحالة يعد أثرا من آثار الزواج فرضته مصلحة العـائلة ؟ أم هل تخضع أخيرا هذه الأهلية لقانون جنسية المرأة وفقا للقاعدة العامة بشـأن الأهليـة ؟

رأى المشرع المصرى الأخذ فى هذه الحالة بقانون جنسية المرأة اعمالا للقاعدة العامة بشأن الأهلية فنص فى المـادة الخامسة من القـانون التجارى على أن « تكون أهلية النساء للتجارة على حسب قانون أحوالهن الشخصية » • وعلى ذلك فانه يتعين الرجوع لقانون جنسية المرأة المتزوجة لتحديد ما اذا كان يتعين حصولها على اذن زوجها لمبـاشرة التجارة فى مصر دون الاعتداد فى هذا الصدد بما يقرره قانون الزوج فى هـذا الصـدد •

وتنص المـادة ٨٩٤ من القانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٥١ الخاص باضافة كتاب رابع الى قانون المرافعات على أنه « اذا كان القانون الواجب التطبيق يقضى بأن تحصل المرأة المتزوجة على اذن زوجها لمبـاشرة حقوقها ورفض الزوج ذلك الاذن ، فللزوجة بعد انذار الزوج بأربع وعشرين ساعة ان تطلب الاذن بذلك من رئيس المحكمة الابتدائية التابع لها موطن الزوج • ويفصل فى هذا الطلب على وجه السرعة بقرار غير قابل للطعن » •

## § ٣ ــ النظم الخاصة بحماية غير كاملى الأهلية

٢١٨ ــ تقضى المـادة ١٦ من القانون المدنى بأنه « يسرى على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعة لحماية المحجورين والغائبين قانون الشـخص الذى تجب حمايتـه » •

ويتضح من هذا النص أن المشرع قرر الأخذ فى هذا الصـدد بقانون الشخص الواجب حمايته مفضلا اياه على قانون الشخص الذى يتولى الحماية • ذلك أن هذه النظم انما تقررت لحماية غير كاملى الأهليـة

وسد عجزهم عن مباشرة التصرفات القانونية • ومن ثم فهى تخضع لقانون جنسيتهم باعتبار القانون الذى يحكم أهليتهم •

والمقصود بالولاية فى المادة ١٦ من القانون المدنى هى الولاية على المال • فهذا النوع من الولاية هو الذى يخضع لقانون جنسية الشخص الواجب حمايته • أما الولاية على النفس فهى تعد من آثار النسب أو من آثار الزواج ، وهى فى كلا الحالتين تخضع لقانون جنسية الأب •

٢١٩ - ويخضع لقانون جنسية الشخص الواجب حمايته جميع المسائل الموضوعية الخاصة بالنظم المقررة لحماية غير كاملى الأهلية • فيرجع الى قانون جنسية الشخص المراد حمايته لمعرفة طبيعة نظام الحماية الذى يجب أن يشمل به • وهل هو نظام الولاية الشرعية أم الوصاية أم القوامة أم غير ذلك من النظم • كذلك يرجع الى هذا القانون لبيان من تثبت له الولاية ومن يصلح لأن يكون وصيا أو قيما أو وكيلا عن الغائب ، ولبيان سلطة هؤلاء النواب فى ابرام التصرفات المختلفة نيابة عن المشمول بالحماية ، وحكم التصرف الذى يبرمه مجاوزا لسلطته • فقانون جنسية الشخص المراد حمايته هو الذى يحدد سلطة الولى الشرعى فى التصرف فى مال الصغير وسلطة الوصى أو القيم أو الوكيل عن الغائب فى ابرام التصرفات دون اذن من المحكمة كما يبين التصرفات التى يلزم فيها هذا الاذن • كذلك يتكفل هذا القانون ببيان حقوق من يتولى الحماية وواجباته وما يستحقه من أجر ، كما يتكفل ببيان أسباب سلب الولاية أو وقفها أو الحد منها وعزل الأوصياء والقامة أو الحد من سلطتهم • وبيان من يعين مشرفا أو نائبا عن الوصى أو القيم[1] •

غير أن الأمر يدق اذا ما أريد تقدير أسباب امتناع الوصى أو القيم أو المشرف أو الوكيل عن الغائب عن قبول الوصاية أو القوامة أو الاشراف أو الوكالة • هل يخضع هذا التقدير كذلك لقانون جنسية الشخص المراد حمايته تأسيسا على أن المسألة تتعلق بوظيفة لصالح الشخص الناقص أو العديم الأهلية ؟ أم هل يخضع هذا التقدير لقانون جنسية الوصى أو القيم أو المشرف أو الوكيل تأسيسا على أن الأمر يتعلق بأهلية

---

(١) راجع الدكتور كمال فهمى المرجع السابق ص ٤٤٣ والدكتور منصور مصطفى منصور المرجع السابق ص ٢٥٩ .

الشخص المكلف بالحماية وصلاحيته للقيام بمهمته ولا يتعلق بأهلية الشخص المراد حمايته ؟

ذهب الفقه الفرنسى ويؤيده فى ذلك فريق من الفقه المصرى الى تفضيل اخضاع هذا التقدير لقانون جنسية الشخص المراد حمايته[1] باعتبار أن المسألة تتعلق بوظيفة لصالح عديم أو ناقص الأهلية ولا علاقة لها بأهلية القائم بالحماية .

غير أن المشرع المصرى قرر صراحة فى المادة ١٠٠٢ من الكتاب الرابع من قانون المرافعات أنه « ويرجع فى تقدير أسباب الامتناع عن قبول الوصاية أو الاشراف أو القوامة الى قانون بلد الوصى أو القيم أو المشرف » . ويبرر فريق من الفقه المصرى هذا الحل بأنه « من غير المستساغ أن يكلف شخص بالولاية على مال الغير خلافا لأحكام قانونه »[2] .

٢٢٠ — وغنى عن البيان أن المسائل الاجرائية المتعلقة بحماية عديمى أو ناقص الأهلية لا تخضع لقانون جنسية الشخص المراد حمايته وانما تخضع للقانون المصرى باعتباره قانون القاضى ، وذلك وفقا لنص المادة ٢٢ من القانون المدنى التى تقضى بأنه « يسرى على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالاجراءات قانون البلد الذى تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الاجراءات » . وقد بين المشرع فى الباب الرابع من الكتاب الرابع من قانون المرافعات الصادر بالقانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٥١ الاجراءات الخاصة بالولاية على المال[3] .

كذلك يجب ألا تترتب على تطبيق قانون جنسية الشخص الواجب حمايته على المسائل الموضوعية المتعلقة بحماية عديمى الأهلية المساس بنطاق تطبيق قانون موقع المال الذى يحكم مسائل الحيازة والحقوق العينية على النحو الذى سنبينه بالتفصيل فيما بعد .

---

(١) انظر فى ذلك Batiffol et Lagarde المرجع السابق فقرة ٤٩٥ والدكتور جابر جاد عبد الرحمن المرجع السابق فقرة ١٣١ .

(٢) الدكتور كمال فهمى المرجع السابق فقرة ٤٠٣ .

(٣) انظر الدكتور عز الدين عبد الله المرجع السابق فقرة ٨٧ والدكتور هشام صادق المرجع السابق ص ٦٢١ .

# الفصل الرابع

## القانون الواجب التطبيق على الميراث والوصية

٢٢١ — من المعلوم أن الخلافة بسبب الموت نوعان : خلافة اجبارية : Succession ab-intestat أى تثبت بحكم القانون ويطلق عليها الميراث ، وخلافة اختيارية Succession testamentaire تثبت بارادة الموصى له ويطلق عليها الوصية .

وقد أخضع المشرع المصرى الخلافة بنوعيها لقانون الجنسية ، اذ نص فى الفقرة الأولى من المادة ١٧ على أنه « يسرى على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت قانون المورث أو الموصى أو من صدر منه التصرف وقت موته » .

ويتبين بوضوح من هذا النص حرص المشرع على اخضاع التركة لقانون واحد هو قانون جنسية المورث وقت الوفاة . فهو لم يفرق بين الخلافة الاجبارية والخلافة الاختيارية من حيث القانون الواجب التطبيق . كذلك فانه تلافى تعدد القوانين التى تحكم التركة اذا ما كانت أعيانها موزعة فى عدة دول أو كان الورثة منتمين الى عدة جنسيات ، وذلك بالأخذ بقانون جنسية المورث دون غيره من القوانين كقانون موقع الأموال أو قانون جنسية الورثة أو الموصى لهم . وقد سوى المشرع كذلك بين العقارات والمنقولات ، فلم يخضع كل منهما لقانون كما فعلت بعض التشريعات على النحو الذى سنبينه بل قرر اخضاعها معا لقانون الجنسية[1] .

---

(١) راجع الدكتور كمال فهمى : المرجع السابق ص ٤٤٧ و ٤٤٨ .

## المبحث الأول

## المـــيراث

٢٢٢ -- يستند اخضاع الميراث لقانون الجنسية الى الصلة الوثيقة بينه وبين روابط الأسرة . فالميراث من شأنه انتقال أموال المتوفى الى أقاربه أو من تربطهم به رابطة الزوجية[١] وقد سبق أن أوضحنا أن المشرع المصرى نص على اعتبار الميراث ضمن مسائل الأحوال الشخصية بالرغم من ارتباطه بنظام الأموال وذلك تحت تأثير نظام الامتيـــازات من ناحية ونظرية الفقيه مانشينى التى سادت خلال القرن التاسع عشر من ناحية أخرى ، وهى كما هو معلوم أوسعت من مجال تطبيق قانون الجنسية وأدخلت فيه الميراث بل وجعلت منه القاعدة العامة فى تنازع القـــوانين .

ولم يعدل المشرع المصرى عن قاعدة اخضاع الميراث لقانون الجنسية بالرغم من زوال نظام الامتيازات وانقضاء فترة الانتقال ، فنص فى القانون المدنى على خضوع الميراث لقانون الجنسية محتذيا فى ذلك حذو تشريعات أخرى كالتشريع الألمانى والايطالى واليونانى والأسبانى .

ولو رجعنا للأصل التاريخى لقاعدة الاسناد الخاصة بالميراث فى فقه القانون الدولى الخاص لوجدنا المدرسة الايطالية القديمة تقضى باخضاع الميراث لقانون موقع المـــال . وقد انتقلت هذه القاعدة الى الفقـــه الفرنسى القديم الذى قرر اخضاع العقار لقانون موقعه ، أما المنقول فقد أخضعه لقانون موطن المتوفى وذلك تأسيسا على أن أموال الشخص المنقولة يفترض وجودها حيث يوجد موطنه[٢] .

Mobilia Sequuntor Personam

وقد استقر القضاء والفقه الحديث فى فرنسا على ما ذهب اليـــه هذا الفقه القديم فقرر اخضاع الميراث فى العقار لقانون موقعه نظرا

---

(١) انظر الدكتور منصور مصطفى منصور المرجع السابق ص ٢٦٣ .

(٢) انظر فى تفاصيل ذلك Batiffol et Lagarde المرجع السابق فقرة ٦٣٦ و ٦٣٧ .

لأهميته الاقتصادية فى الدولة الكائن بها • أما المنقول فيخضع لقانون موطن المتوفى وذلك حرصا على عدم تعدد القوانين الواجبة التطبيق على التركة الواحدة[1] •

## مجال تطبيق قانون الجنسية :

٢٢٣ — ينظم قانون جنسية المورث وقت الوفاة الأحكام العامة لاستحقاق الأرث فيحدد متى يعتبر المورث ميتا • ويتصل بذلك تحديد متى يعتبر المفقود فى حكم الميت • ويبين هذا القانون ما اذا كانت حياة الوارث شرطا للارث أم لا كما يبين شروط توريث الجنين • ويتصل بذلك بيان ما اذا كان من الممكن أن يرث ورثة الوارث المتوفى وشرط هذا الأرث ، وهو ما يعرف فى الشريعة الاسلامية باسم الوصية الواجبة •

كذلك يتكفل قانون جنسية المورث وقت الوفاة بتحديد من هم الورثة ومراتبهم فيبين مثلا درجة القرابة التى تخول حق الأرث كما يحدد نصيب كل وارث من التركة ويبين كذلك موانع الأرث كاختلاف الدين والقتل • كما يبين حق المورث فى تعيين منفذ للوصية ومدى سلطة القاضى فى تعيين مدير للتركة •

ومن أدق المسائل التى يتكفل قانون جنسية المورث وقت الوفاة بتحديدها بيان الحقوق والالتزامات التى تنقل الى الورثة وكيفية هذا الانتقال ووقته ، فمن المعلوم أن الشرائع تختلف فى هذا الصدد اختلافا جوهريا • فالأرث فى الشريعة الاسلامية اجباريا بمعنى أنه يثبت للورثة بحكم القانون ولا يجوز للوارث رفضه • ويشمل الأرث مجموع الحقوق المالية أما الالتزامات المالية فلا تكون محلا للأرث • وبالتالى لا يجوز التنفيذ على أموال الوارث الشخصية لأداء ديون تتعلق بالتركة ذاتها •

---

(١) انظر Batiffol et lagarde المرجع السابق فقرة ٦٣٧ •
وانظر كذلك Lerebours pigeonnière et Loussouarn المرجع السابق فقرة ٤٧٩ • وراجع أيضا •
Boulanger : Etude conparative de droit international privé des successions en France et en Allemagne.
فقرة ٢٨ وما بعدها •

غير أن الأرث فى بعض الشرائع الأجنبية يشمل جميع الحقوق والالتزامات التى كانت فى ذمة المورث وبالتالى فان دين التركة ينتقل الى الوارث ، وللدائنين حق التنفيذ على أموال الوارث الشخصية حتى ولو لم يكن مصدرها الأرث ، وهذه التشريعات تعتبر الأرث حقا اختياريا بمعنى أنه يجوز للوارث رفض الأرث كله أو قبوله بشرط الجرد حتى يتحقق من الالتزامات التى قد تكون على التركة[1] .

**مدى تدخل قانون موقع المال :**

٢٢٤ - . غير أن خضوع الميراث لقانون جنسية المتوفى يرد عليه قيد هام ناجم عن طبيعة الميراث . فالميراث وان كان يقوم على فكرة الرابطة العائلية الا أنه فى الوقت ذاته سببا من أسباب انتقال الحق العينى ، ومن ثم يجب أن يخضع للقانون الذى يحكم الأموال كلما اتصل الأمر بنظام هذه الأموال بشكل مباشر . وعلى ذلك فان قانون موقع المال هو الذى يتكفل بتحديد مدى تعلق حقوق دائنى المتوفى بأمواله بوصفها ضمانا لهذه الديون . كذلك فان قانون موقع المال هو الذى ينظم شهر حق الأرث بالنسبة للعقارات وتحديد الآثار المترتبة على هذا الشهر والجزاء المترتب على عدم الشهر . ويتكفل قانون موقع المال كذلك بتنظيم حالة الشيوع بين الورثة وكيفية ادارة أموال التركة الشائعة وحق كل شريك فى التصرف فيها . كما يبين هذا القانون كذلك كيفية أنهاء حالة الشيوع .

وعلى ذلك اذا كانت أعيان التركة كائنة فى الاقليم المصرى فانه لا يجوز للوارث التصرف فى عقارات التركة اذا اشتملت على حقوق عينية عقارية الى أن يتم شهر حق الأرث اذ تقضى المادة ١/١٣ من قانون تنظيم الشهر العقارى بأنه « يجب شهر حق الارث بتسجيل اشهارات الوراثة الشرعية أو الأحكام النهائية أو غيرها من السندات المثبتة لحق الأرث مع قوائم جرد التركة اذا اشتملت على حقوق عينية عقارية ، وذلك

---

(١) انظر فى تفاصيل ذلك الدكتور عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط فى شرح القانون المدنى الجزء التاسع ص ٨٧ وما بعدها . انظر كذلك حكم نقض مدنى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥٧ ، مجموعة أحكام النقض ٨ ص ٩٦٠ .

بدون رسم ، والى أن يتم هذا التسجيل لا يجوز شهر أى تصرف يصدر من الوارث فى حق من هذه الحقوق » •

كذلك لا يجوز لدائنى التركة تتبع أموال التركة الكائنة بمصر الا اذا اتبعوا الاجراءات التى نص عليها المشرع المصرى فى هذا الصدد ، ومن المعلوم أن المشرع قد نص على طريقين لحماية دائنى التركة ، أما الطريق الأول فهو طريق الاجراءات الفردية وهو الطريق المألوف وفيه يبدأ الدائنون بشهر حقوقهم بالتأشير بها على هامش حق الأرث ثم يستوفون حقوقهم بموجب اجراءات فردية يتولاها كل دائن على حدة ، أما الطريق الثانى فهو طريق الاجراءات الجماعية أى التصفية الجماعية[1] • وتسرى قاعدة لا تركة الا بعد سداد الدين ما دامت أموال التركة كائنة بمصر حتى ولو كان المورث أجنبيا •

٢٢٥ ـ وقد تعرض الأخذ بقانون جنسية المورث وقت الوفاة بشأن الميراث لنقد فريق من الفقه المصرى الذى يرى أن الأخذ بقانون موطن المتوفى فى هذا الصدد أقرب الى تحقيق وحدة النظام القانونى للتركة • فقانون موطن المتوفى هو غالبا قانون موقع المال عقارا كان أم منقولا باعتبار أن أموال الشخص توجد عادة فى الدولة التى يتوطن بها كما أن هذا المكان يكون عادة موطنا لعائلة المورث • وبذلك ينتفى التعارض بين القوانين التى تحكم مختلف المسائل المتعلقة بالتركة[2] •

**الميراث والنظام العام :**

٢٢٦ ـ اذا تبين أن القانون الأجنبى الواجب التطبيق على الميراث يتعارض مع النظام العام فى مصر فانه يتعين استبعاده على النحو الذى سبق لنا بيانه ونحن بصدد دراسة النظام العام • والسؤال الذى يثور فى هذا الصدد هو متى تعتبر أحكام القانون الأجنبى الواجب التطبيق مخالفة للنظام العام فى مصر •

(١) انظر فى حماية حقوق دائنى التركة الدكتور عبد الرزاق السنهورى الوسيط فى شرح القانون المدنى الجزء التاسع ص ١٠٩ الى ١٩١ •
(٢) انظر الدكتور جابر جاد عبد الرحمن المرجع السابق فقرة ١٣٦ •

من المعلوم أن مجرد الاختلاف بين أحكام القانون الأجنبى وأحكام قانون القاضى لا يترتب عليه استبعاد القانون الأجنبى بوصفه مخالفا للنظام العام اذ يجب لامكان استبعاد القانون الأجنبى أن يصطدم بالأسس التى يقوم عليها النظام القانونى الوطنى • لذلك يتعين النظر فى كل حالة يختلف فيها القانون الأجنبى عن القانون الوطنى لمعرفة مدى مساسها بالأسس التى تقوم عليها أحكام الميراث فى القانون المصرى •

ويمكن القول بصفة عامة بأنه اذا تضمن القانون الأجنبى أحكاما تعسفية كمنع الأرث بسبب اختلاف اللون أو الجنس وحرمان الاناث من الأرث ، فان هذه الأحكام تعد مخالفة للنظام العام فى مصر[1] •

غير أن الأمر يدق بالنسبة لميراث المسلمين اذا تبين أن أحكام القانون الأجنبى تختلف عن أحكام القانون المصرى المستمدة من الشريعة الاسلامية • هل يرقى الاختلاف فى هذه الحالة بشأن بيان الورثة وانصبتهم الى مرتبة التعارض مع النظام العام ؟

انشق الفقه فى الاجابة على هذا السؤال • فذهب فريق الى أنه « يتعين الامتناع عن تطبيق القانون الأجنبى متى اختلفت أحكامه مع أحكام الميراث فى الشريعة الاسلامية وقانون المواريث المستقاة من القرآن دون تلك المستقاة من مصادر أخرى ، ذلك لأن أحكام المواريث الواردة فى القرآن يتقيد بها المسلمون حتما »[2] • وذهب فريق آخر الى أنه لا يجوز استبعاد القانون الأجنبى لمجرد حرمانه بعض الورثة أو تغييره لأنصبتهم وحجتهم فى ذلك أن « النظام الجتماعى المصرى لا يمكن أن يتأثر لأن بنت المتوفى حصلت على نصيب مواز لابنه ، وليس ثمة مصلحة للجماعة المصرية فى أن تفرض على البنت نصف

---

(١) انظر فى هذا المعنى مقال الدكتور حامد سلطان « العوامل التى تعترض قانون الميراث فى التطبيق » منشور فى مجلة القانون والاقتصاد السنة ١٨ ص ٤٥٦ وانظر كذلك الدكتور جابر عبد الرحمن المرجع السابق ص ٤٥٦ ؛ وهو يضيف أن تمييز الابن الأكبر واعطائه كل التركة واجازة ارث الولد الطبيعى من أبيه يعد مخالفا للنظام العام •

(٢) انظر مقال الدكتور عز الدين عبد الله « اتجاهات القضاء فى تطبيق قواعد الاسناد فى مواد الأحوال الشخصية منشور لمجلة القانون والاقتصاد السنة ٢٤ ص ٨٨ •

نصيب الولد »[1] ونحن نميل الى تفضيل هـذا الرأى الأخير • وقـد أخذت محكمة مصر الابتدائية فى حكمها الصادر فى ٤ نوفمبر ١٩٥٤ [2] بشأن مواريث الأتراك المسلمين بهـذا الرأى معللة ذلك بقولهـا « ان مجرد الاختلاف فى الأنصبة ما بين القانون الأجنبى والقـانون المصرى لا يجعل الأول مخالفا للنظام العـام فى مصر ، وان القـول بتطبيق القانون المصرى فى هذه الحالة من شـأنه هدم قاعدة الاسـناد الواردة فى المـادة ١٧ مدنى خاصة وأن أحكام الشريعة الاسلاميـة والقوانين المستمدة منها تجيز حرمان بعض الورثة أو انقاص نصيبهم أو ايثار بعض الورثة على بعض بتصرفات مشروعة كالهبة والوصية » •

غير أن محكمة النقض المصرية قد ذهبت فى حكم حديث لهـا الى وجوب استبعاد القانون الأجنبى الواجب التطبيق اذا تعارضت أحكامه مع ما تقضى به الشريعة الاسلامية بشأن تحديد الورثة ، وجـاء فى الحكم أنه « واذا كان تطبيق القانون الفرنسى على واقعة الدعـوى من شأنه حرمان كل من الزوج والأخ من الارث ، بينما تعتبرها الشريعة الاسلامية وأحكام قانون المواريث رقم ٦٧ لسنة ١٩٤٣ من أصـحاب الفروض والعصبات وكانت أحكام المواريث الأساسية التى تسـتند الى نصوص قاطعة فى الشريعة تعتبر فى حق المسلمين من النظام العام فى مصر ، اذ هى وثيقة الصلة بالنظام القانونى والاجتماعى الذى استقر فى ضمير الجماعة بحيث يتأذى الشعور العام عند عدم الاعتداد بهـا وتغليب قانون أجنبى عليها بما لا يسع القاضى الوطنى معه أن يتخلى

---

(١) انظر مقال الدكتور حامد زكى « مواريث الرعايا الاتراك فى مصر » منشور بمجلة القانون والاقتصاد السنة ١٨ صفحة ٦١٩ •

ويرى فريق ثالث من الفقه أن النظام العام فى مواد الأحوال الشخصية يجب أن يقوم على فكرة مختلطة تستمد وجودها من مجموع الأحكام التى تتضمنها الشرائع الدينية السائدة فى مصر ، سواء كانت الشريعة الاسلامية أو غيرها من الشرائع الأخرى ، بحيث لا يجوز للقاضى استبعاد القانون الأجنبى الا اذا تعارض مع النظام العام وفقا للمفهوم المشترك والمستخلص من الشرائع الدينية المتعددة التى تحكم الأحوال الشخصية فى مصر • انظر مقال لدكتور صلاح عبد لوهاب « الدفع بالنظام العام فى مواريث الاتراك فى مصر » منشور بمجلة المحاماة سنة ١٩٥٨ فقرة ٩ •

(٢) انظر الحكم معروض فى مقال الدكتور عز الدين عبد الله المرجع السابق ص ٨٩ •

عنها ويطبق غيرها فى الخصومات التى ترفع اليه متى كان المورث والورثة فيها من المسلمين »[1] •

**حكم التركة الشاغرة فى مصر :**

٢٢٧ – من المعلوم أن أموال التركة الشاغرة تؤول وفقا للقـــواعد الموضوعية فى مختلف الدول الى الدولة • وقد نص المشرع المصرى على هذا الحكم حيث تقضى المـــادة الرابعة من قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ فى فقرتها الأخيرة بأنه « اذا لم يوجد أحد من هـــؤلاء ( أى الورثة ومن فى حكمهم ) آلت التركة أو ما بقى منهـــا الى الخزانة العـــــامة » •

غير أن السؤال الذى يثور هو الى أية دولة تؤول التركة الشاغرة ؟ هل تؤول الى دولة المتـــوفى أم تؤول الى الدولة التى توجد الأموال باقليمها ، وهى الدولة المصرية فى هذه الحالة •

استقر الفقه على أن الفصل فى هذه المشكلة يتوقف على تكييف أيلولة التركة الشاغرة الى الدولة ، ويرجع فى التكييف الى قانون القاضى[2] • فاذا كيف القاضى حق الدولة على التركة الشاغرة بأنه حق ارث باعتبار أن الدولة وارثة لمن لا وارث له اعتبرت المسألة من المـــيراث وخضعت لقانون جنسية المورث ، وحينئذ فان التركة تؤول الى الدولة التى ينتمى اليها المورث بجنسيته وقت وفاته • أما اذا كيف القاضى حق الدولة على التركة الشاغرة على أنه حق مستمد من سيادتها على الاقليم فان التركة تؤول الى الدولة التى توجد بها • وهذا هو التكييف الذى أخذ به الفقه المصرى [3] •

---

(١) حكم محكمة النقض الصـــادر فى ٢٧ مايو ١٩٦٤ مجموعة النقض السنة ١٥ العدد الثانى ص ٧٢٧ .

(٢) فى ذلك Boulanger المرجع السابق فقرة ٢٨ مكررة .

(٣) انظر الدكتور عز الدين عبد الله المرجع السابق فقرة ١١٤ والدكتور جابر جاد عبد الرحمن فقرة ١٣٣ والدكتور كمال فهمى فقرة ٣٠٤ والدكتور منصور مصطفى منصور فقرة ٦٩ ص ص ٢٧٠ . وانظر مع ذلك الدكتور هشام صادق حيث يرى أن « القاعدة الواردة فى المـــادة الرابعة من قانون المواريث تعد من هذه الفئة من القواعد ذات التطبيق المباشر التى =

كذلك أخذ القضاء بهذا التكييف
من قانون المواريث فى مصر تخول للخزانة العامة حقا على التركات الشاغرة الموجودة بمصر لا على أساس كونها وارثة وانما باعتبارها السلطة العامة التى تؤول اليها التركات التى لا وارث لها[٢] ٠

٢٢٨- ويرى فريق من الفقه ونرى معه أن الرجوع فى التكييف فى هذه الحالة الى قانون القاضى وهو القانون المصرى فى فرضنا ، أمر يجانب الصواب ٠ ذلك أن الغرض من التكييف الذى يرجع فيه الى قانون القاضى هو الوصول الى اختيار قاعدة الاسناد ٠ فاذا ما عرفت قاعدة الاسناد وتعين القانون الواجب التطبيق وجب الرجوع الى هذا القانون فى التكييفات اللاحقة أو الثانوية اذ أن هذه التكييفات لا تدخل فى مجال تطبيق قانون القاضى ٠ ومن ثم فاذا كان القانون الواجب التطبيق على الميراث ، أى قانون جنسية المتوفى ، لا يعتبر الدولة الأجنبية وارثة فلا يجوز توريث هذه الدولة ، اذ يعد ذلك مخالفا لأحكام القانون الأجنبى ولقاعدة الاسناد التى أشارت بتطبيقه ٠ ويتعين حينئذ أيلولة أموال التركة الموجودة فى مصر أى فى دولة القاضى الى الدولة المصرية٠ أما اذا كان قانون الدولة الأجنبية يعتبرها وارثة فيكون من غير المقبول أن نرفض توريثها ، ذلك أن القاعدة التى يقضى بها القانون المصرى والتى تقضى بأيلولة التركة التى لا وارث لها للدولة المصرية بمقتضى ما لها من سيادة على الأموال الكائنة بها ، لا تسرى الا اذا لم يكن هناك

---

= تحدد بذاتها مجال سريانها المكانى . فلا وجه لأعمال قاعدة الاسناد الخاصة بالميراث الا فى خارج المجال المحدد للقواعد ذات التطبيق المباشر، حينما تتعلق المسالة المعروضة فى حالتنا بأيلولة اموال التركة الى أشخاص القانون الخاص » المرجع السابق ص ٦٣٨ ٠

(١) حكم محكمة استئناف الاسكندرية الصادر فى ١٧ مايو ١٩٥٦ فى المجلة المصرية للقانون الدولى سنة ١٩٥٦ من ٤٣ وما بعدها ( القسم الأجنبى ) ، وحكم محكمة النقض الصادر فى ١١ مايو ١٩٦٦ مجموعة القواعد التى اقرتها محكمة النقض السنة ١٧ من ١٠٥ وما بعدها ٠

(٢) وقد ذهب فريق من فقهاء الشريعة الى ان التركة تكون لبيت المال باعتباره وارثا من لا وارث له ، ولكن الجمهور يقررون أن بيت المال لا يستحق باعتباره وارثا بل على اساس أن اموال التركة لا مالك لها وقد اخذ قانون المواريث براى الجمهور فقرر أيلولة التركة الى الخزانة بعد قوله « فاذا لم توجد ورثة » انظر الشيخ محمد ابو زهرة أحكام التركات والمواريث ص ٨٩ و ٢٤٣ ٠

وارث • بمعنى أن تطبيق هذه القاعدة يفترض أولا تطبيقا كاملا لقواعد القانون الأجنبى التى تبين الورثة • وبعبارة أخرى فان تكييف القاضى لحق دولته بأنه حق مستمد من سيادتها مسألة لا تثور الا بعد الفراغ من أعمال القانون الأجنبى والتحقق من أنه لا يعتبر الدولة الأجنبية من الورثة[1] •

## المبحث الثانى

## الوصايا والتصرفات المضافة الى ما بعد الموت

٢٢٩ — لما كانت الوصايا والتصرفات المضافة الى ما بعد الموت وثيقة الصلة بنظام الارث فقد حرص المشرع المصرى على اخضاعها من حيث الشروط الموضوعية الى نفس قاعدة الاسناد التى يخضع لها الارث أى أخضعها لقانون جنسية المورث وقت الوفاة • كذلك فانه لم يخضعها من حيث الشروط الشكلية لقاعدة الاسناد التى تحكم أشكال التصرفات القانونية عامة وانما أخضعها الى قاعدة اسناد خاصة تتلائم مع طبيعتها• وبعبارة أخرى فان الوصية وسائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت تخرج من مجال أعمال قواعد الاسناد الخاصة بالتصرفات القانونية سواء من حيث الموضوع أو من حيث الشكل وتخضع لقواعد خاصة نظرا لارتباطها الوثيق بنظام الارث •

وعلى ذلك فاذا ما عرض على القاضى الوطنى نزاع يتعلق بتصرف قانونى فانه يتعين عليه أن يحدد أولا ما اذا كان هذا التصرف يعد تصرفا عاديا أم أنه يعد من الوصايا أو التصرفات المضافة الى ما بعد الموت ، ويعد هذا التحديد مسألة تكييف تخضع للقانون المصرى باعتباره قانون

---

(١) انظر فى ذلك Quadri ، دروس لطلبة دبلوم القانون الخاص ( سنة ١٩٥٥ — ١٩٥٦ ) ص ٤٧ وما بعدها وانظر اعتراض الدكتور منصور على هذا الرأى ، المرجع السابق ص ٢٧١ • وجدير بالذكر أن لجنة تعديل القانون المدنى قد اقترحت اضافة النص الآتى : « يسرى على التركة التى لا وارث لها القانون المصرى متى كانت أموال التركة واقعة فى الجمهورية » .

النقاضى[1] • ووفقا لأحكام القانون المصرى الوصية هى كل تصرف فى التركة مضافا الى ما بعد الموت[2] أما التصرفات المضافة الى ما بعد الموت فتشمل وفقا للقانون المدنى نوعين من التصرفات ، الأول هو تلك التى تصدر من المريض مرض الموت ويكون مقصودا بها التبرع[3] ، والنوع الثانى هو التصرفات التى تصدر لوارث ويحتفظ فيها المورث بحيازة العين وبحقه فى الانتفاع بها مدى الحياة[4] • وسنتناول أولا بحث قاعدة الاسناد الخاصة بالشروط الشكلية للوصايا وسائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت ثم نعرض ثانيا لقاعدة الاسناد الخاصة بالشروط الموضوعية •

## ١ ـ قاعدة الاسناد الخاصة بالشروط الشكلية للوصية :

٢٣٠ ـ تقضى المادة ٢/١٧ بأنه « يسرى على شكل الوصية قانون الموصى وقت الايصاء أو قانون البلد الذى تمت فيه الوصية وكذلك الحكم فى شكل سائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت » •

لما كانت قاعدة الاسناد الخاصة بشكل الوصية وسائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت ، تختلف عن قاعدة الاسناد الخاصة بموضوع

---

(١) انظر حكم نقض مدنى ٩ نوفمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض فى ٢٥ عام جزء أول ص ١٣٧ رقم ٢٤ .

(٢) مادة ١ من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ .

(٣) تنص المادة ٩١٦ من القانون المدنى على ما يأتى :

« كل عمل قانونى يصدر من شخص فى مرض الموت ، ويكون مقصودا به التبرع ، يعتبر تصرفا مضافا الى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التى تعطى لهذا التصرف .

وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانونى قد صدر من مورثهم وهو فى مرض الموت ولهم اثبات ذلك بجميع الطرق ، ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند اذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا .

واذا اثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم فى مرض الموت ، اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك ، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه » .

(٤) تنص المادة ٩١٧ على ما يأتى : « اذا تصرف شخص لأحد ورثته، واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التى تصرف فيها وبحقه فى الانتفاع بها مدة حياته ، اعتبر التصرف مضافا الى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية ، ما لم يقم دليل يخالف ذلك » .

هذه التصرفات فانه يتعين على القاضى الوطنى اذا ما عرض عليه نزاع يتعلق بالوصية وسائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت أن يحدد أولا ما اذا كان النزاع يتعلق بالشكل أم بالموضوع • ويعتبر ذلك من مسائل التكييف وبالتالى يخضع للقانون المصرى باعتباره قانون القاضى•

فاذا كان النزاع يتعلق بالشكل فقد قرر المشرع صراحة فى المادة ٢/١٧ أنه « ومع ذلك يسرى على شكل الوصية قانون الموصى وقت الايصاء أو قانون البلد الذى تمت فيه الوصية ، وكذلك الحكم فى شكل سائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت » • ويتضح من هذا النص أنه يتعين لكى تكون الوصية وسائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت صحيحة من الناحية الشكلية أن يراعى الشكل الذى نص عليه قانون محل الابرام أو قانون جنسية الموصى وقت الايصاء أى أنه اذا توافر أى من هذين الشكلين فان الوصية تعد سليمة من الناحية الشكلية •

والواقع أن تقرير خضوع الوصية وسائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت من الناحية الشكلية لقانون محل الابرام فيه تيسير على المتصرف ، اذ أنه من السهل عليه معرفة الشكل الذىيقرره قانون الدولة التى يراد ابرام التصرف فيها • هذا فضلا عن أن خضوع شكل التصرف لقانون محل الابرام يعد من القواعد التقليدية التى استقر عليها العمل منذ المدرسة الايطالية القديمة •

ولم يكتف المشرع بالنص على خضوع شكل الوصية والتصرفات المضافة الى ما بعد الموت الى قانون ما محل الابرام بل أجاز ابرامها وفقا للشكل الذى يقرره قانون جنسية الموصى وقت الايصاء • والاعتداد بقانون الجنسية وقت الايصاء له ما يبرره ، اذ أنه الوقت الذى تم فيه التعبير عن الارادة وبالتالى يتعين الاعتداد بالجنسية التى كان يتمتع بها الموصى فى هذا الوقت بالذات • وعلى ذلك اذا ما غير الموصى جنسيته بعد الايصاء فانه لن يعتد فيما يتعلق بالشروط الشكلية بقانون الجنسية الجديدة ، وانما يتعين توافر الشروط الشكلية التى نص عليها قانون الجنسية القديمة باعتباره القانون الذى تم فى ظله التعبير عن الارادة •

ونخلص من ذلك الى أنه اذا ما أراد أجنبى ابرام وصية فى مصر فانه

يتعين عليه اتباع الشكل المقرر فى قانون جنسيته وقت الايصاء ، أو اتباع الشكل الذى يقرره القانون المصرى باعتباره قانون محل الابرام •

أما اذا أراد مصرى ابرام وصية فى الخارج فانه يتعين عليه اما اتباع الشكل المقرر فى قانون محل الابرام أو اتباع الشكل المقرر فى القانون المصرى •

وجدير بالذكر أن المشرع المصرى لم يشترط شكلا معينا لابرام الوصية • فيجوز أن تبرم الوصية بالعبارة أو بالكتابة بل يجوز أن تبرم بالاشارة[1] • غير أنه يتعين لسماع دعوى الوصية أمام القضاء المصرى عند انكارها بعد وفاة الموصى أن تكون محررة فى ورقة رسمية أو أن تكون محررة فى ورقة عرفية يصدق فيها على امضاء الموصى أو ختمه ، أو أن تكون محررة فى ورقة عرفية مكتوبة جميعها بخط الموصى وموقع عليها بامضائه وذلك بالنسبة للحوادث الواقعة منذ سنة ١٩١١ ، أما بالنسبة للحوادث السابقة على سنة ١٩١١ ، فانه يكتفى لسماع دعوى الوصية بوجود أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الدعوى[2] •

**٢ ــ قاعدة الاسناد الخاصة بالشروط الموضوعية :**

٢٣١ ــ تنص المادة ١١٧ على أنه « يسرى على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت قانون المورث أو الموصى أو من صدر منه التصرف وقت موته » •

ويتضح من هذا النص أن المشرع اخضع الشروط الموضوعية للوصية وسائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت لذات القانون الذى تخضع له الشروط الموضوعية للارث وذلك نظرا للصلة الوثيقة التى تربط بينهما • وبعبارة أخرى تخضع الوصية وسائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت من حيث الشروط الموضوعية الى قانون جنسية المورث وقت الوفاة•

---

(١) انظر م ١/٢ من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ .
(٢) انظر م ٢/٢ من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ .

ويقصد بالشروط الموضوعية مختلف الشروط اللازمة لصحة الوصية من الناحية الموضـــوعية وتشمل كمـــا هو معلوم شروطا تتعلق بالموصى وشروطا تتعلق بالموصى له ، وشروطا تتعلق بالموصى به • ويثور السؤال عما اذا كانت جميع هذه الشروط الموضوعية تخضع لقانون جنســـية الموصى وقت الوفاة أم أن هناك من الشروط الموضوعية ما يتعين عدم اخضاعه لهذا القـــانون •

اختلف الفقه المصرى فى هذا الصدد • فذهب فريق الى أنه يتعين اخضاع جميع الشروط الموضوعية لقانون جنسية الموصى أو من صدر منه التصرف وقت الوفاة ، وذلك حتى لو تعلقت هذه الشروط بالأهلية للتصرف • وقد استند أنصار هذا الرأى الى كون نص المـــادة ١٩ قد جاء عاما بحيث يتعين تطبيقه على كافة الشروط الموضوعية ، وأن المشرع لو أراد استثناء بعض الشروط الموضوعية من الخضوع لقانون جنسية الموصى أو من صدر منه التصرف وقت الوفاة لنص على ذلك صراحة(١) •

وذهب فريق آخر من الفقه المصرى الى القول بضرورة اخراج الأهلية وعيوب الرضا والمحل والسبب فى الوصية من مجال اعمال قانون جنسية الموصى وقت الوفاة واخضاعها لقانون الموصى وقت الايصاء ، أما سائر الشروط الموضوعية التى ترتبط بالميراث ارتباطا وثيقا فتخضع لقـــانون الجنسية وقت الوفاة • فالوصية تصرف ارادى وبالتالى يتعين أن تكون سليمة وقت صدور الارادة ، وليس وقت الوفاة • ويعد ذلك اعمـــالا للقاعدة العامة المتعلقة بالأهلية والمنصوص عليها فى المادة ١١ من القانون المدنى(٢) •

ويبدو لنا أنه يتعين التفرقة فى هذا الصـــدد بين الوصية وســـائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت •

---

(١) انظـــر الدكتور جابر جاد عبد الرحمن تنـــازع القوانين ص ٤٦٦ هامش ١ •

(٢) انظر الدكتور عز الدين عبد الله المرجع السابق ص ٣٦٦ ، ويرى الدكتور هشام صادق انه يتعين اخضاع كمال الأهلية الى كل من قانون جنسية الموصى ووقت الوفاة وقانونه وقت الايصاء ، أما عيوب الارادة فيتعين النظر اليها وقت ابرام الوصية باعتبار أنه الوقت الذى تصدر فيه الارادة المعيبة • ( المرجع الســـابق ص ٦٥٤ ) • وانظر كذلك الدكتور منصور مصطفى منصور ( المرجع السابق ص ٩٧٧ ) •

ففيما يتعلق بالوصية نرى اخضاع جميع شروطها الموضوعية — بما فى ذلك أهلية الايصاء وعيوب الرضا — الى قانون جنسية الموصى وقت الوفاة • ذلك أن الوصية تصرف ارادى لا ينشأ من الناحية القانونية الا بعد الوفاة • وبعبارة أخرى لا يترتب على التعبير الارادى بالوصية أى حقوق أو التزامات الا لحظة الوفاة • وبالتالى يتعين اخضاعها للقانون الذى تنشأ هذه الالتزامات والحقوق فى ظله أى قانون جنسية الموصى وقت الوفاة •

أما فيما يتعلق بسائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت فانه يتعين فى رأينا اخضاع أهلية التصرف وعيوب الرضا الى قانون من صدر منه التصرف وقت التصرف • أما سائر الشروط الموضوعية فتخضع لقانون من صدر منه التصرف وقت الوفاة • ذلك أن هذه التصرفات تنشأ وتترتب عليها آثار قانونية بمجرد ابرامها فيما بين المتصرف والمتصرف اليه وبالتالى يتعين خضوع الأهلية وعيوب الرضا لقانون المتصرف وقت التصرف • ولما كان يترتب على وفاة من صدر منه التصرف اعتبارها من الوصايا المستترة • فانه يتعين اخضاع سائر الشروط الموضوعية الى قانون من صدر منه التصرف وقت الوفاة وليس وقت التصرف •

٢٣٢ـ ولما كان يترتب على الوصية وسائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت انشاء حق عينى أو تعديله أو الغائه فان قانون جنسية الموصى أو من صدر منه التصرف وقت الوفاة يتقيد بقانون موقع المال • وعلى ذلك اذا كان المال الموصى به عقارا كائنا بالاقليم المصرى فانه يتعين لنقل الحق العينى أو تعديله أو الغائه شهر الوصية وسائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت • ويترتب على عدم التسجيل عدم انتقال الملكية سواء بين ذوى الشأن أو بالنسبة للغير[1] • فيبقى ما أوصى به ملكا للورثة ولا ينتقل الى الموصى له •

كذلك يحكم قانون موقع المال كافة المسائل التى تتعلق بالمحافظة على حقوق دائنى الموصى • واذا كان قانون موقع المال يقضى بأنه لا تركه الا بعد سداد الديون سرت هذه القاعدة فى مواجهة الموصى لهم والورثة على حد سواء •

---

(١) انظر المادة ٩ من قانون الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ •

## الوصية والنظام العـام :

٢٣٣ — وغنى عن البيان أن القانون الواجب التطبيق على الوصية أو التصرف المضاف الى ما بعد الموت يتعين استبعاده اذا ما كان مخالفا للنظام العام كما لو كان يجيز مثلا استحقاق الموصى له للوصية ولو كان هو قاتل الموصى[1] ويدق الأمر فى الحالة التى يختلف فيها تحديد القانون الأجنبى للقدر الجائز الايصاء به عن القدر الذى يحدده القانون المصرى والمستمد من الشريعة الاسلامية • وقد ثار السؤال أمام القضاء المصرى فى نزاع خاص بين لبنانيين مسيحيين تجاوزت فيه الوصية ثلث التركة • وقضت محكمة النقض فى حكمها الصادر فى ٢٦ يوليو سنة ١٩٦٧ بأنه « وفقا للمادة ٢٨ من القانون المدنى » وعلى ما جرى به قضاء هـذه المحكمة — لا يجوز استبعاد أحكام القانون الأجنبى الواجبة التطبيق الا أن تكون هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب فى مصر بأن تمس كيان الدولة أو تتعلق بمصلحة عامة وأساسية للجماعة ولا يدخل فى هذا النطاق اختلاف أحكام القانون الأجنبى عن أحكام القانون الوطنى فى تحديد المقدار الذى تجوز الوصية فيه بالنسبة لغير المسلمين كما هو الحال فى الدعوى »[2] •

وقد يستفاد من الحكم المذكور لأول وهلة أن اختلاف أحكام القانون الأجنبى الواجب التطبيق على الوصية بالنسبة للقدر الجائز الايصاء به عن القواعد المقررة فى الشريعة الاسلامية لا يستوجب استبعاد هـذا القانون باسم النظام العام • غير أنه من العسير الأخذ بهذه النتيجة على اطلاقها ، ذلك أن تجاوز الوصية للقدر الذى يجوز الايصـاء به وفقا للقانون المصرى المستمد من أحكام الشريعة كان بشأن وصية جميع أطرافها من غير المسلمين كما أوضحت المحكمة فى حكمها • وبذلك فان

---

(١) انظر حكم محكمة استئناف الاسكندرية فى ٢٨ فبراير ١٩٦٢ غير منشور ومشار اليه فى مؤلف الدكتور هشام صادق المرجع السابق ص ٦٥٧ هامش ١ وانظر كذلك الدكتور جابر جاد عبد الرحمن المرجع السابق ص ٤٦٨

(٢) حكم محكمة النقض الصادر بتاريخ ٢٦ يوليو ١٩٦٧ فى الطعن رقم ٨ لسنة ٣٥ ق — احوال شخصية مع تعليق الدكتور هشام صادق ،منشور بمجلة ادارة قضايا الحكومة العدد الرابع من السنة الرابعة عشرة ص ٢١ وما بعدها .

موقف محكمة النقض يظل غير واضح بالنسبة للحالة التى يتعلق فيهـا الأمر بوصية بين مسلمين • وقد ذهب فريق من الفقه الى أنه « أخذا بمفهوم المخالفة بأنه لو تعلق الأمر بالمسلمين تعين استبعاد القـانون الأجنبى الذى يقرر أحكاما تتعارض مع الشريعة الاسـلامية بالنسبة للقدر الجائز الايصاء به »[1] • غير أنه يبدو لنا أن محاولة الأخذ بمفهوم المخالفة فى هذا الصدد يتجاوز ما قصده الحكم ، اذ أن كل ما ارادته محكمة النقض فى رأينا هو تحاشى اتخاذ موقف واضح بالنسبة للحالة التى يكون فيها جميع الأطراف من المسلمين وقصر حكمها على الحالة المعروضة أمامها دون وضع قاعدة عامة فى هذا الصدد تلتزم بهـا فى المسـتقبل •

لذلك يمكنا القول بأن محكمة النقض لم تفصح صراحة بعد عن موقفها بالنسبة لحالة تعارض القانون الأجنبى مع أحـكام القـانون المصرى والشريعة الاسلامية فيما يتعلق بالقدر الجائز الايصاء به اذا كان الموصى والموصى له من المسلمين •

غير أنه بالرجوع الى موقف محكمة النقض فى مجال التعـارض بين القانون الأجنبى والقانون المصرى بشأن تحديد أنصبة الورثة يمكننا أن نستشف ما قد يكون عليه موقفها بالنسبة للتعارض بشأن تحديد القدر الجائز الايصاء به • ففى حكم محكمة النقض الصادر بتاريخ ٢٧ مايو ١٩٦٤ والسابق الاشارة اليه قررت المحكمة صراحة أن « أحكام قانون المواريث التى تستند الى نصوص قاطعة فى الشريعة الاسلامية تعتبر فى حق المسلمين من النظام العام »[2] • وعلى ذلك يمكن القول بأن أحكام القانون المصرى المستمدة من الشريعة فى مجـال الوصية وان كانت لا تعتبر من النظام العام بالنسبة لغير المسلمين الا أنها قد تعد من النظام العام بالنسبة للمسلمين ، وذلك أسوة بأحكام قانون المواريث[3] •

---

(١) الدكتور هشام صادق فى تعليقه السالف الذكر ص ٢٦ •

(٢) مجموعة النقض السنة ٥ العدد الثانى ص ٧٢٧ •

(٣) وجدير بالذكر ان لجنه تعليق القانون المدنى اقترحت ان يكون النص الخاص بالوصية كالآتى « تخضع الشروط الموضوعية لصحة الوصية وسائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت لقانون من صدر منه التصرف وقت صدوره . اما ما يتعلق بالقدر الذى تنفذ فيه الوصية ومن يجوز الايصاء له فيخضع لقاتنون من صدر منه التصرف وقت موته » •

٢٣٤ — من المعلوم أن الهبة كانت تعتبر من الأحوال الشخصية قبل العمل بالقانون المدنى الصادر سنة ١٩٤٩ ، وذلك سواء بالنسبة للمصريين أم بالنسبة للأجانب • وكانت تخضع لقانون الواهب وقت الهبة وفقا لنص المادة ٢٩ من لائحة التنظيم القضائى للمحاكم المختلطة •

وقد نظم القانون المدنى عقد الهبة باعتباره عقدا من العقود[1] ، ولم يأت بقاعدة اسناد خاصة بالنسبة لها ، تاركا بذلك حكمها لقواعد الاسناد الخاصة بالعقود • غير أن المشرع لم يشأ أن يفرض على الأجانب تكييف الهبة على أنها عقد مالى فنص فى المادة ١٤ من قانون نظام القضاء الصادر سنة ١٩٤٩ على أنه « تعتبر الهبة من الأحوال الشخصية بالنسبة الى غير المصريين اذا كان قانونهم يعتبرها كذلك » •

وعلى ذلك فانه كان لا يرجع فى تكييف الهبة بين غير المصريين الى القاعدة الأصلية فى التكييف التى نصت عليها المادة العاشرة من القانون المدنى والتى تقضى بأن « القانون المصرى هو المرجع فى تكييف العلاقات •••» • وانما كان يتعين الرجوع كذلك فى هذا التكييف الى القانون الأجنبى •

غير أن المشرع لم يوضح أى قانون أجنبى يتعين الرجوع اليه لتكييف الهبة فى هذه الحالة ، هل يرجع لقانون الواهب أم لقانون الموهوب له ؟

كان مشروع القانون المدنى يتضمن نصا بأنه « يسرى على الهبات قانون الواهب وقت الهبة » [2] غير أن القانون المدنى صدر خلـوا من هذا النص • ويبدو لنا وجوب الأخذ بهذه القاعدة — بالرغم من سكوت المشرع — خلال فترة سريان قانون نظام القضاء المشار اليه آنفا • فالواهب هو الطرف الأهم فى العقد ، والهبة باعتبارها تصرفا بدون مقابل

---

(١) وقد نظم المشرع احكام الهبة تنظيما شاملا فى المواد ٤٨٦ الى ٥٠٤ من القانون المدنى بوصفها عقدا من العقود . وقد جاء بالمذكرة الايضاحية أنه « وقد نظر المشرع فى ذلك الى أن الهبة عقد مالى كسائر العقود فينبغى أن يستوفى التقنين المدنى احكامها جميعا وأن يضعها فى مكانها بين العقود الأخرى .. « مجموعة الأعمال التحضيرية الجزء الرابع ص ٢٤١ .

(٢) المادة ٣٩ من المشروع .

تؤثر فى حقوق ورثته • فاذا كان قانون جنسية الواهب يعتبر الهبة من الأحوال الشخصية تعين تكييفها على أنها من الأحوال الشخصية وخضعت فى أحكامها الموضوعية لهذا القانون • واذا تغيرت جنسية الواهب فى الفترة بين تاريخ اجراء الهبة وتاريخ وفاة الواهب فيبدو لنا وجوب الاعتداد بجنسية الواهب وقت الهبة • ذلك أن الهبة عقد بين الأحياء وليست تصرفا مضافا الى ما بعد الموت[1] • غير أن الهبة تتصل بحقوق الورثة فيما يتعلق بالقدر الجائز التبرع به ومدى نفاذها فى حقهم ، ومن ثم يتعين الرجوع فى هذه المسألة الى قانون الواهب وقت موته باعتباره القانون الذى يحكم الميراث[2] •

٢٣٥ — وقد تم الغاء قانون نظام القضاء السالف الذكر بالقانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ ولم يتضمن القانون الجديد نصا مقابلاً لنص المادة ١٤ من القانون الملغى • وبذلك لم يعد هناك مجال للخروج على القاعدة العامة بشأن تكييف الهبة التى أصبحت خاضعة فى هذا الصدد لحكم المادة ١٠ من القانون المدنى التى تقضى بأن القانون المصرى هو المرجع فى تكييف العلاقات • وتعتبر الهبة فى ظل أحكام القانون المدنى الحالى عقدا ماليا كسائر العقود • ومن ثم تسرى بشأنها قواعد الاسناد الخاصة بالعقود على النحو الذى سنفصله فيما بعد •

---

(١) انظر فى نفس المعنى الدكتور جابر جاد عبد الرحمن المرجع السابق ص ٤٨٠ •

(٢) قارن الدكتور منصور مصطفى منصور المرجع السابق ص ٢٨٤•

# الباب الثانى

## نظام الأموال أو الأحوال العينية

# الفصل الأول

## مركز الأموال المـــادية

## § ١ – القاعدة وأساسها

٢٣٦ – رأينا أن ضابط الاسناد بالنسبة لنظام الأشخاص يستمد من عنصر أطراف المركز القانونى أو العلاقة باعتباره العنصر الغالب فى علاقات الأحوال الشخصية • وبالتالى أخضعنا هذه العلاقات للقانون الشخصى وهو قانون جنسية الشخص أو قانون موطنه • أما فى مجال نظام الأموال أو الأحوال العينية فان ضابط الاسناد يستمد من موضوع المركز القانونى أو العلاقة وهو المـال تأسيسا على أن موضوع العلاقة هو العنصر المهيمن على العلاقة • لذلك أجمعت الدول على اخضاع المركز القانونى للاموال لقانون موقع هذه الأموال Lex Rei Sitae وتعتبر هذه القاعدة من القواعد الأساسية فى القانون الدولى الخاص ومن أقدمهـا •

وقد نص المشرع المصرى على هذه القاعدة فى المـادة ١٨ من القانون المدنى المصرى وهى تقضى بأنه « يسرى على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون الموقع فيما يختص بالعقار ، ويسرى بالنسبة الى المنقول ، قانون الجهة التى يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذى ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها » •

٢٣٧ – واذا أردنا ربط العلاقات القانونية المنصبة على الأموال بمكان معين ، أى اعطائها مقرا فى دولة معينة ، فان هذا المقر لا يمكن أن يكون سوى الدولة التى يوجد المـال على اقليمها •

كذلك فان اخضاع النظام القانونى للاموال أو العلاقات المنصبة على الأموال لقانون الدولة الكائن بها هـذه الأموال أمر تتطلبه سـلامة المعاملات • اذ من السهل الرجوع الى هذا القانون للتحقق من صـحة وجود الحق العينى لدى الشخص الذى يريد نقله الى الغير • ويأخذ هذا الاعتبار أهمية خاصة بالنسبة للعقارات • فاخضاع العقار لقانون

موقعه من شأنه تمكين الأفراد من معرفة حالة العقار والرهون الواردة عليه كما أنه يوفر الحماية الكافية للغير عن طريق اشهار الحقوق العينية الواردة على العقار[1] .

ويضيف فريق من الفقهاء حجة أخرى ذات طابع سياسى لتدعيم تطبيق القاعدة بالنسبة للعقارات . فيقررون أن العقارات هى جزء من اقليم الدولة أى وعاء لسيادتها وهذه السيادة تتنافى مع اخضاع اقليم الدولة لقانون غير قانون الدولة ذاته[2] .

ويضيف البعض الآخر حجة ذات طابع اقتصادى مقتضاها أن العقارات تشكل ركنا هاما فى اقتصاد الدولة التى توجد باقليمها . و لاشك أن قوانين هذه الدولة تهدف فى تنظيمها للحقوق العينية الواردة على هذه العقارات الى توفير أكثر الظروف ملاءمة لتحقيق الازدهار الاقتصادى عن طريق استغلال هذه الأموال . ومن ثم فان قانون دولة الموقع هو أفضل القوانين وأقدرها على تحقيق هذا الهدف الاقتصادى[3] .

٢٢٨ -. وتعتبر قاعدة خضوع المال لقانون موقعه من القواعد الأساسية فى القانون الدولى الخاص ومن أقدمها . فقد قال بها الفقيه بارتول Bartole وفقهاء المدرسة الايطالية القديمة . وأكد الفقيه دار جنتريه D'argentré فى القرن السادس عشر هذه القاعدة حيث قرر خضوع العقار لقانون موقعة من جميع النواحى أى بما فى ذلك الأهلية اللازمة للتعاقد بشأن العقار وشكل العقد وشروطه الموضوعية[1] كذلك أكد مانشينى Mancini خروج الملكية العقارية من مجال القانون الشخصى الذى اعتبره القاعدة العامة فى تنازع القوانين وقرر خضوعها

---

(١) راجع Batiffol et Lagarde المرجع السابق فقرة ٥١٤ وما بعدها.

(٢) انظر Lerebours-Pigeonnière et Loussaurn المرجع السابق فقرة ٣٢٩ .

(٣) انظر Tyan : Précis de droit international privé صفحة ١٨٨.

(٤) انظر مع ذلك Batiffol et Lagarde المرجع السابق فقرة ٥٢٤. وينوه الفقيه باتيفول بأن دار جنتريه تحفظ فيما يتعلق بأهلية التعاقد بشأن العقار مقررا اخراجها من مجال تطبيق قانون موقع العقار .

للقـــانون الاقليمى وذلك تأسيسا على أن القوانين التى تحـــكم الملكية العقارية تتعلق بالنظام العام • ونادى سافينى Savigny كذلك بخضوع المـــال لقانون موقعه كنتيجة لنظريته بشأن التركيز المكانى • فقد شيد سافينى نظريته على تحليل الروابط القانونية بقصد تركيزها فى مكان معين يتفق مع طبيعتها واخضاعها لقانون هذا المكان • وقد انتهى سافينى الى اخضاع المـــال لقانون موقعه باعتبار هذا الموقع هو مركز العلاقة الذى انصرفت ارادة الأفراد للخضوع لقانونه •

٢٣٩ -ـ وتذهب بعض النظم القانونية الحالية كالنظام القـــانونى الانجليزى والأمريكى الى منح قانون موقع المـــال اختصاصا شاملا بحيث ينفرد بحكم العلاقات المنصبة على المال برمتها أى بكافة عناصرها من أطراف ومحل وسبب • فلا يقتصر قانون الموقع على حكم النظام القانونى للمـــال محل العلاقة نفسه وتحديد ما يترتب عليه من حقوق بل يمتد كذلك ليحدد الأهلية الواجب توافرها بالنسبة لأطراف التصرف الناقل للحق العينى ، كما يمتد كذلك ليحكم عنصر السبب أى التصرف القانونى المنشىء للحق سواء من حيث شروطه الموضوعية أو من حيث الشـــكل •

غير أن الكثير من قوانين القارة الأوربية تقصر مجال تطبيق قانون موقع المال على تحديد النظام القانونى للمال فى ذاته دون أن يمتد ليشمل العلاقة القانونية المنشئة للحقوق العينية • فاذا كان السبب المنشىء للحق العينى عقدا مثلا فانه يظل خاضعا لقاعدة الاسناد الخاصة بالعقود من حيث الشكل ومن حيث الموضوع ولا يتأثر بقانون موقع المـــال • كذلك تظل أهلية أطراف العقد خاضعة للقانون الذى يحكمها أصلا وهو القانون الشخصى •

## § ٢ ـــ مجال تطبيق قانون موقع المـــال

٢٤٠ــ ويشمل النظام القانونى للمـــال الذى يخضع لقانون موقع المـــال فى القانون المصرى المسائل الآتية :

أولا : تحديد الأشياء التى يمكن أن ترد عليها حقوقا مالية والتى تدخل فى دائرة التعامل • كذلك يتكفل قانون موقع المال ــ وفقا للرأى الغالب

بشأن تكييف المـــال ــ بتحديد الوصف القانونى للمال أى تكييفه على أنه عقار أم منقول .

ثانيا : بيان الحقوق العينية التى يمكن أن ترد على المال كتحديد ما اذا كان يجوز ترتيب حق انتفاع أو حق ارتفاق على المال ، وبيان نطاق الحق العينى وما يخوله من سلطات وما يرد عليه من قيود . كذلك يتكفل قانون موقع المـــال ببيان أحكام الحيازة من حيث كسبها وانتقالها وزوالها ووسائل حمايتها والآثار التى تترتب عليها وذلك سواء بالنسبة للمنقول أم بالنسبة للعقار .

ثالثا : بيان أسباب كسب الحقوق العينية وانتقالها وانقضائها . ومن هذه الأسباب ما يخضـــع بشكل كامل لقانون موقع المـــال كالحيـــازة والاستيلاء والالتصاق والشفعة ، ومنها ما يخضع لقانون آخر . فالميراث والوصية يخضعان لقانون جنسية المتوفى كما سبق البيان ولا يخضع لقانون موقع المال سوى ترتيب الأثر الناقل للحق العينى . كذلك الحال بالنسبة للعقود المبرمة بشأن المنقول . فلا يرجع لقانون موقع المـــال الا فيما يتعلق بأثر العقد فى انشاء الحق العينى أو نقـــله أو زواله . أما العقد ذاته بوصفه تصرفا قانونيا فلا يخضع لقانون الموقع سواء من حيث شروطه الموضوعية أم من حيث شروطه الشكلية ، بل يخضـــع للقواعد المتبعة بشأن العقود .

غير أن الأمر يختلف فيما يتعلق بالعقود المبرمة بشأن العقار اذ تنص المـــادة ١٩ صراحة على أن « قانون موقع العقار هو الذى يسرى على العقود التى أبرمت بشأن هذا العقار » . وعلى ذلك فان قانون موقع العقار لا يقتصر على حكم الأثر العينى للعقد من حيث انشاء الحـــق العينى أو نقله أو زواله بل تمتد ليحكم الشروط الموضـــوعية اللازمة لانعقاد العقد ، وذلك حتى ولو كان لا يترتب على العقد انشاء حقوق عينية وانما انشاء التزامات شخصية كعقد الايجار[1] . ولا يخرج من اختصاص قانون موقع العقار بالنسبة للعقود المبرمة بشأنه الا ما يتعلق

---

(١) وقد ورد فى المذكرة الايضاحية أنه « ويتفرع على هذه الاحكام أن جميع العقود المتعلقة بعقارات ولو كانت مرتبة لحقوق شخصية تخضـــع لقانون موقع العقار » . مجموعة الاعمال التحضيرية الجزء الأول ص٢٨٩.

بأهلية المتعاقدين اذ تظل خاضعة للقاعدة العامة بشأن الأهلية الواردة بالمـادة ١١ وما يتعلق بشكل التصرف اذ يظل خاضعا للقاعدة العـامة بشأن الأشكال الواردة بالمادة ٢٠ [١] •

ويدق الأمر بالنسبة للحقوق العينية التبعية وهى حقوق تتبع حقا من الحقوق الشخصية وتستند فى وجودها اليه كحق امتياز الدائن على أموال مدينة والرهن القانونى الذى تمنحه بعض التشريعات للزوجة على أموال زوجها • فلا يكفى لوجود مثل هذه الحقوق أن يقرها قانون موقع المال اذا لم يكن يقررها القانون الذى يحكم العلاقة الأصلية ، أى القانون الذى يحكم الدين نفسه أو القانون الذى يحكم آثار الزواج • وبعبارة أخرى فانه يتعين للاعتداد بالحقوق العينية التبعية أن تكون مقررة فى القانونين معـا •

رابعا : ويتكفل قانون موقع المال كذلك ببيان وسائل الشهر والعلانية الواجب توافرها سواء لنشوء الحق أو للاحتجاج به على الغير • فالشهر يلزم لحماية الغير ولاستقرار المعاملات مما يقتضى اخضاعه لقانون موقع المـال [٢] •

## § ٣ — المشاكل التى تثور بشأن المنقول

### ١ — تغير موقع المنقـول :

٢٤١ — قد يتغير موقع المنقول بانتقاله من دولة الى أخرى • وتثور حينئذ مشكلة هامة عرفت باسم مشكلة التنازع المتغير أو التنازع المتحرك Conflit mobile وذلك فى حالة تحقق أسباب اكتساب الحق العينى

---

(١) وقد كان المشروع التمهيدى للقانون المدنى يتضـمن النص على اخضـاع شكل التصرفات التى من شانها انشاء حقوق عينية او نقلهـا أو انقضائها لقانون موقع المال غير أن هذه الفقرة حذفت « لعـدم الحاجة اليها » . وبذلك يخضع شكل هذه التصرفات للقاعدة العامة فى الأشكال التى سنعرض لها فيما بعد .

(٢) انظر الدكتور عز الدين عبد الله المرجع السابق ص ٣٠٩ ، والدكتور منصور مصطفى منصور المرجع السابق صفحة ٢٩٤ .

أو فقده فى ظل قانون الموقع القديم ثم انتقاله بعد ذلك الى دولة أخرى • اذ يتعين حينئذ معرفة ما اذا كان القانون الذى نشأ فى ظله الحق العينى على المنقول أو الذى تم فقده هو الذى يسرى أم أن العبرة بقانون الموقع الجديد •

ذهب فريق الى أن مثل هذا التنازع بين قانون الموقع القديم وقانون الموقع الجديد يجب أن يحل وفقا لقواعد التنازع الزمنى فيما بين قوانين الدولة الواحدة ، أى يتعين تطبيق قانون الموقع الجديد بأثر فورى ومباشر • ذلك أن سريان قانون الموقع الجديد أمر يقتضيه توفير الثقة بالمعاملات وتحقيق وحدانية القانون الذى يحكم المنقول فى الدولة التى انتقل اليها المنقول[1] • فكما أنه يجب فى حالة اجراء تعديل تشريعى أن يطبق القانون الجديد تطبيقا فوريا تحقيقا للوحدة التشريعية داخل حدود الدولة ، فانه يجب كذلك تطبيق قانون الموقع الجديد بأثر فورى تحقيقا للوحدة التشريعية فى دولة الموقع الجديد للمنقول • ومعنى الأثر الفورى هو وجوب تطبيق أحكام قانون الموقع الجديد بمجرد انتقال المنقول اليه حتى ولو أدى ذلك الى تعطيل ما ترتب فى المنقول من حقوق تحت سلطان قانون الموقع القديم • وتطبيقا لهذا الرأى فانه « اذا اكتسب حق فى منقول وفقا لقانون موقعه ثم نقل المنقول الى بلد لا يقر قانونه هذا الحق ، مثل رهن المنقول رهنا رسميا ، لما أمكن الاحتجاج بالحق فى بلد الموقع الحالى ». كذلك فانه « اذا باع شخص منقولا فى سويسرا لآخر ولم يتسلمه المشترى فلم تنتقل الملكية اليه وفقا للقانون السويسرى ، ثم نقل المنقول الى فرنسا حيث التسليم ليس لازما لانتقال الملكية فى المنقول أصبح المشترى مالكا وفقا للقانون الفرنسى ، قانون الموقع الحالى »[2] •

ويرى فريق آخر وجوب الاعتداد بأحكام قانون الموقع القديم وذلك اعمالا لمبدأ الاحترام الدولى للحقوق[3] • ويشترط لاحترام الحق

---

(۱) انظر فى تفاصيل ذلك Lerebours-Pigeonnière et Loussouarn المرجع السابق فقرة ۳۸۲ وما بعدها •

(۲) الدكتور عز الدين عبد الله المرجع السابق ص ۳۹۷ •

(۳) انظر فى ذلك : Pillet : Principes de droit international privé صفحة ٥٢٤ •

المكتسب فى ظل القانون القديم أن يكون قد تم تكوينه ، أى أن يكون قد استكمل جميع عناصره طبقا لأحكام هذا القانون[1] . فاذا لم يكن الحق قد استكمل عناصره وفقا لأحكام قانون الموقع القديم ، كما لو لم يكن قد تم للمشترى تسلم المنقول فى دولة تتطلب التسليم لانتقال الملكية كسويسرا ، فان الحق لا ينتقل الى المشترى حتى بعد نقل المنقول الى دولة لا تشترط التسليم مثل فرنسا بل تكتفى بمجرد التعاقد لانتقال الملكية . أما اذا كان الحق قد استكمل عناصره تحت سلطان قانون الموقع القديم فانه يظل قائما ونافذا رغم انتقال المنقول الى دولة لا تعتبر عناصر الحق قد اكتملت ، وذلك ما لم يتعارض هذا الحق مع حق آخر نشأ تحت سلطان القانون الجديد[2] أو تعارض مع النظم القانونية المقررة فى قانون الموقع الجديد[3] .

وقد اتجه المشرع المصرى الى الأخذ بهذا الرأى الأخير اذ قرر اخضاع المنقول الى « قانون الجهة التى يوجد فيها المنقول وقت تحقق السبب الذى ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى » [4] .

وقد انتقد فريق من الفقه المصرى الحكم الذى أتى به المشرع المصرى بشأن المنقول . فيرى البعض أن فى هذا الحكم عدوانا على اختصاص قانون الموقع الجديد الذى يجب الاعتداد بسلطانه ، ويقررون وجوب عدم الاعتداد بالحق المكتسب وفقا لأحكام قانون الموقع القديم ما لم يكن متمشيا مع قانون الموقع الحالى[5] .

وينتقد البعض الآخر الاتجاه الذى أخذ به المشرع المصرى « بالنسبة للفرض الذى يختلف فيه القانونان المتعاقبان فى شأن الصفات القانونية

(1) انظر الدكتور كمال فهمى : اصول القانون الدولى الخاص ص٣٦٨.

(2) انظر Répertoire de droit international تحت كلمة meubles corporels فقـرة ٤١ .

(3) انظر Niboyet : Traité de droit international privé الجزء الرابع فقرة ١١٩٢ .

(4) المـادة ١٨ من القانون المدنى .

(5) انظر مقال الدكتور حسن بغدادى ، منشور بمجلة الحقوق السنة الأولى عدد ٤ ص ٦٥ .

للمنقول ، فقد يعتبر قانون الموقع القديم المنقول قابلا للتصرف بينما يقضى قانون الموقع الجديد بعكس ذلك ، الأمر الذى يستوجب استبقاء القانون القديم »[1] . كذلك يرى هذا البعض وجوب اخضاع التأمينات العينية على المنقول جميعها ، أى بعبارة أخرى الحقوق العينية التبعية على المنقول ، لقانون الموقع الجديد أخذا بمبدأ الاقليمية البحتة لارتباطها فى رأيهم باجراءات التنفيذ الجبرى[2] .

**٢ — وسائل النقل والبضائع أثناء نقلها :**

٢٤٢ — من الأموال ما يتعذر تحديد موقعه كوسائل النقل بين الدول وكالبضائع أثناء نقلها ، وهنا يثور السؤال بشأن تحديد القانون الذى يحكمها .

**( ا ) وسائل النقل :** لما كان من المتعذر تحديد موقع السفن البحرية والطائرات وقت تحقق السبب المنشىء للحقوق المتعلقة بها نظرا لتنقلها الدائم ولوجودها فى غالب الأحيان فى أعالى البحر أو فى الطبقات التى تعلوه ، فقد جرى العمل على عدم الاعتداد بمكان وجودها الفعلى واعتبارها موجودة بالمكان الذى قيدت فيه . وبالتالى فهى تخضع لقانون هذا المكان أى لما يعرف بقانون العلم La loi du pavillon وتخضع لهذا القانون أيضا المنقولات الموجودة على ظهر الباخرة . ويستوى كون السفينة فى أعالى البحار أو فى المياه الاقليمية لدولة معينة كما يستوى كون الطائرة فى المجال الجوى لدولة ما أم فوق أعالى البحار وقت تحقق السبب الناقل للحق العينى . وتخضع السفن التى تجرى فى الأنهار الدولية كذلك لقانون العلم أسوة بالسفن البحرية .

**( ب ) البضائع أثناء النقل :** والرأى السائد بالنسبة للبضائع هو تطبيق قانون الدولة المرسلة اليها تأسيسا على أن هذه الدولة هى المكان الذى ستستقر فيه هذه البضائع . غير أن الفقه قد أختلف حول نطاق تطبيق هذا المبدأ . فذهب فريق الى عدم التفرقة فى هذا الصدد بين

---

(١) الدكتور كمال فهمى المرجع السابق ص ٤٥٧ .
(٢) الدكتور كمال فهمى المرجع السابق .

البضائع المرسلة بطريق البحر وتلك المرسلة بطريق البر • فكلاهما يخضع لقانون الدولة المرســل اليها[1] ، وذهب فريق آخر الى استثناء البضاعة المرسلة بطريق البحر اذ يحكمها قانون العلم[2] • كذلك فان من الفقهاء من يقرر أن البضاعة التى تستقر مؤقتا فى مكان ما أثناء النقل تخضع لقانون هذا المكان[3] •

---

(١) انظر Niboyet المرجع السابق الجزء الرابع نقرر ١٢٧٥ •

(٢) انظر Batiffol et Lagarde المرجع السابق نقــرة ٥٠٩ وعلى أى حال فان البضاعة التى يحملها المسافر معه تخضع لقانون العلم ولا تخضع لقانون الجهة التى يقصدها المسافر •

(٣) انظر فى ذلك Rabel, Cheshire, wolff مشار اليهم فى مؤلف الدكتور عز الدين عبد الله المرجع السابق ص ٣٩٥ •

# الفصل الثانى

## الأموال المعنــوية

٢٤٣ — من الأموال ما لا يقع تحت الحس ومع ذلك يصلح لأن ترد عليه الحقوق • وقد أشارت المادة ٨٦ من القانون المدنى الى هذه الأموال بنصها على أن « الحقوق التى ترد على شىء غير مادى تنظمها قوانين خاصة » • ولم تتعرض المادة ١٨ من القانون المدنى سوى للأموال المادية على النحو السابق بيانه ولم توضح قاعدة الاسناد الخاصة بالحقوق الواردة على الأموال المعنوية[1] • وتشمل هذه الحقوق ما يرد على الانتاج الفكرى وهى المعروفة بالملكية الأدبية والفنية والصناعية كحق المؤلف وحق المخترع وحق صاحب النموذج الصناعى أو الرسم وحق صاحب العلامات والاسم التجارى • كذلك تشمل هذه الحقوق أيضا الحقوق الشخصية باعتبارها أموالا معنوية تصلح لأن تكون محلا للتعامل عن طريق الحوالة •

## § ١ — الملكية الأدبية والفنية والصناعية ( الحقوق الذهنية )

٢٤٤ — وفيما يتعلق بحق المؤلف على مصنفه يقرر الفقه الغالب تطبيق قانون الدولة التى تم نشر المصنف فيها لأول مرة • اذ أنه ابتداء من لحظة النشر يمكن النظر الى المصنف على أنه مال له قيمة فى المجتمع ويمكن لصاحبه أو للغير الافادة منه[2] • ومن ثم كان من الطبيعى أن يتكفل قانون هذه الدولة بتنظيم الحقوق الواردة على المصنف باعتبار هذه الدولة المكان الذى ظهر فيه المصنف الى حيز الوجود •

غير أن الأمر يدق بالنسبة للمصنفات التى لم تنشر • وقد ذهب فريق الى أن العبرة فى هذه الحالة بالقانون الشخصى للمؤلف تأسيسا على أن

---

(١) انظر الاعمال التحضيرية للقانون المدنى الجزء الأول صفحة ٢٧٨.

(٢) انظر Batiffol et Lagarde المرجع السابق فقرة ٥٣١ وراجع الدكتور كمال فهمى المرجع السابق فقرة ٤٠٩ ، والدكتور منصور مصطفى منصور ص ٢٩٩ ، الدكتور جابر جاد عبد الرحمن المرجع السابق فقرة ١٦٢.

المصنف يتصل بشخص المؤلف وتعتبر حمايته حماية للشخص نفسه[1] .
وذهب فريق آخر الى وجوب الاعتداد فى حالة عدم نشر المصنف بقانون الموقع الفعلى للشىء المادى الذى تجسمت فيه الفكرة باعتبار أن ذلك من شأنه حماية الغير والمصلحة الاجتماعية .

واذا كان النشر قد تم فى عدة دول فى نفس الوقت تعين تطبيق قانون الدولة التى تم فيها النشر الرئيسى أو الأصلى ، فان تعذر ذلك فيرى البعض الاعتداد بقانون موطن المؤلف[2] .

ويتعين التمييز بين موضوع الحقوق التى ينظمها قانون دولة أول نشر ووسائل الاستفادة من هذه الحقوق التى يتعين الرجوع فيها الى قانون بلد التداول التى يراد ممارسة الحماية فيها . فاذا كانت قوانين هذه الأخيرة تتطلب اتباع اجراءات معينة كالتسجيل مثلا فانه يجب اتباع هذه الاجراءات[3] .

٢٤٥ -- وفيما يتعلق بحق المخترع على اختراعه ، فانه من المستقر سريان قانون الدولة التى منحت براءة الاختراع . ذلك أن حق المخترع لا ينشأ الا بالحصول على البراءة وبالتالى فان قانون الدولة التى منحت البراءة يكون أجدر القوانين بالتطبيق [4] .

أما الرسوم والنماذج الصناعية فانها تخضع ، وفقا للرأى الغالب

---

(١) انظر الدكتور منصور مصطفى منصور المرجع السابق والدكتور جابر جاد عبد الرحمن المرجع السابق .

(٢) انظر فى ذلك Batiffol et Lagarde المرجع السابق . ومن هذا الرأى الدكتور جابر جاد عبد الرحمن المرجع السابق فقرة ١٦٢ هامش ١.

(٣) انظر : Bartin; Principes de droit international privé الجزء الثالث صفحه ٩٥ .

وانظر كذلك Batiffol et Lagarde المرجع السابق فقرة ٥٣٢ وراجع الدكتور منصور مصطفى منصور المرجع السابق صفحة ٣٠٠ ، والدكتور هشام صادق المرجع السابق صفحة ٨٥٧ .

(٤) انظر Bartin المرجع السابق وانظر كذلك الدكتور منصور مصطفى منصور المرجع السابق والدكتور هشام صادق المرجع السابق .

لقانون الدولة التى تم فيها تسجيل الرسم أو النموذج • فالتسجيل هو الوسيلة القانونية للنشر بالنسبة لها ، وهو قرينة على وجود حق صاحبه منذ وقت التسجيل [1] •

أما العلاقات والأسماء التجارية فان الحق فيها مستمد من الأسبقية فى استعمالها للدلالة على مشروع معين • لذلك فان القانون الذى يحكم الحق فيها وفقا للرأى السائد هو قانون الدولة التى يوجد فيها هذا المشروع [2] •

## § ٢ — الحقوق الشخصية أو الديون

٢٤٦ — ذكرنا أن الحق الشخصى قد ينظر اليه باعتباره مالا معنويا فى ذمة الدائن يجوز لصاحبه التصرف فيه بنقله أو برهنه عن طريق الحوالة دون التقيد بارادة المدين • وهنا يثور السؤال عما اذا كان لهذه الديون الشخصية نظام خاص يحكمها قانون غير القانون الذى يحكمها باعتبارها التزاما تعاقديا يربط بين المدين والدائن • ويتعين فى هذا الصدد التفرقة بين الحقوق الشخصية العادية والحقوق الثابتة فى أوراق قابلة للتداول •

٢٤٧ — فبالنسبة للحقوق الشخصية العادية يذهب الفقه التقليدى فى فرنسا الى وجوب خضوع الحق الشخصى لقانون موقعه باعتباره مالا معنويا مثله فى ذلك الأموال المادية ، ويعتبرون موطن المدين بمثابة موقع لهذا الحق الشخصى ومن ثم يحكم انتقاله • ذلك أن موطن المدين

---

(١) انظر Batiffol et Lagarde المرجع السابق فقرة ٥٣٤ والدكتور منصور مصطفى منصور المرجع السابق والدكتور هشام صادق المرجع السابق . وجدير بالذكر أن لجنة تعديل القانون المدنى اقترحت اضافة النص الآتى :

« يسرى على حق المؤلف قانون الدولة التى نشر فيها المصنف لأول مرة فاذا لم يكن المصنف قد نشر سرى قانون جنسية المؤلف . ويسرى على الحقوق الذهنية الأخرى قانون الدولة التى منحت براءة الاختراع أو سجلت فيها الرسوم والنماذج الصناعية » .

(٢) انظر الدكتور حامد زكى أصول القانون الدولى الخاص صفحة ١٨٣ هامش ١ .

هو المكان الذى يسهل فيه على الغير التعرف على مركز المـال[١] . غير أن الفقه الفرنسى الحديث يرى أن قانون موطن المدين يجب ألا يحكم سوى الاجراءات اللازمة لنفاذ الحوالة سواء فى حق المدين أو فى حق الغير ، أما حوالة الحق ذاتها فهى تخضع للقانون الذى يحكم العـلاقة التعاقدية بين الدائن والمدين[٢] كذلك تتجه بعض النظم القانونية كالنظام الألمـانى والسويسرى والنظم القانونية الاسكندنافية الى اخضاع حوالة الحق للقانون الذى يحكم العلاقة التعاقدية بين الدائن والمدين ، وعدم النظر الى الحق الشخصى بوصفه مالاً معنويا يحكمه قانون خاص [٣] .

٢٤٨ — أما بالنسبة للحقوق الثابتة فى أوراق قابلة للتداول فيتعين التفرقة بين الأوراق لحاملها والأوراق الاذنية والأراق الاسمية .

أما الأوراق لحاملها مثل السهم لحامله والسند لحامله فحكمها حكم المنقول المادى باعتبار أن الحق قد اندمج فى الصك ، ومن ثم فهى تخضع لقانون موقعها الفعلى وقت تحقق السبب الناقل للحق الثابت بهـا . ويحكم قانون الموقع العلاقة فيما بين الحائزين المتعاقبين للسند ويسرى فى شأن الأثر العينى المترتب على تداول السند أو السهم لحامله . أما العلاقة بين حائز السند وبين الشخص المعنوى الذى أصدره فتخضع للقانون الذى يحكم انشاء العلاقة وفقا للقواعد العامة[٤] .

٢٤٩ — وأما بالنسبة للأوراق الاسمية كالأسهم والسندات الاسمية فيتجه الفقه التقليدى الى اخضاع انتقالها للقانون الذى يحكم النظام القانونى للشخص المعنوى الذى أصدرها [٥] .

ويفرق فريق من الفقه الحديث[٦] بين السهم والسند.فبالنسبة للسهم

---

(١) انظر Bartin المرجع السابق الجزء الثالث صفحة ٣١ وانظر الدكتور عز الدين عبد الله المرجع السابق فقرة ١٢٩ .

(٢) انظر مقـال Louis-Lucas المنشور فى Revue critique سنة ١٩٥٢ صفحة ٥٥ .

(٣) انظر فى ذلك Wolff ; Private International Law صفحة ٥٤٨ .

(٤) راجع Loussouarn et Bredin : Droit du commerce international فقرة ٥٣١ .

(٥) انظر Bartin المرجع السابق ص ٥١ .

(٦) انظر Batiffol et Lagarde المرجع السابق فقرة ٥٤٦ .

الاسمى يسرى القانون الذى يحكم النظام القانونى للشخص المعنوى الذى أصدره باعتبار أن السهم يمثل حصة شريك فيحكمه القـانون الذى يحكم الشركة • أما السند الاسمى فهو يخضع للقانون الذى يحكم عقد القرض باعتباره حق دائن ، أى يخضع لقانون الارادة الذى يحكم الالتزامات التعاقدية • على أنه من المحتمل خضوع السند للقانون الذى يحكم الشركة ، وذلك اذا لم توجد ارادة صريحة أو ضمنية ، اذ يعتبر قانون الشركة بمثابة الارادة المفترضة لأطراف العلاقة •

أما العلاقة بين صاحب السند وبين من انتقل اليه الحق فيه فهى تخضع لقانون ارادتهما باعتبارها علاقة تعاقدية •

٢٥٠ — أما فيما يتعلق بالأوراق الاذنية كالكمبيالة أو السند الاذنى أو الشيك • فقد ذهب القضاء الفرنسى فى غالبيته الى اخضاعها لقانون مكان الوفاء[1] • ففى هذا المكان يتحقق وجود الحق وتتخذ الاجراءات التحفظية والتنفيذية بشأنه • غير أن هناك اتجاها فقهيا يقضى باخضاع كل التزام فى الصك لقانون المكان الذى تم فيه[2] • فيخضع التزام الساحب فى الكمبيالة مثلا لقانون مكان الاصدار ، ويخضع التزام المظهر لقانون مكان التظهير ويخضـــع التزام المسحوب عليه لقانون مكان القبـــول • وقد ساد هذا الاتجاه فى اتفاقية جنيف المعقودة فى ٧ يونيو سنة ١٩٣٠ ، والخاصة بتنازع القوانين فى الكمبيالة والسند الاذنى وتلك المعقودة فى ١٩ مارس سنة ١٩٣١ والخاصة بتنازع القوانين فى الشيك •

---

(١) أنظر Batiffol et Lagarde المرجع السابق فقرة ٥٤٧ وفقرة ٥٤٧.
(٢) انظر الدكتور عز الدين عبد الله المرجع السابق فقرة ٢٩ وراجع الدكتور هشام صادق المرجع السابق فقرة ٢٢٤ وما بعدها .

# الباب الثالث

## الالتزامات التعاقدية وغير التعاقدية

# الفصل الأول

## الالتزامات التعـــاقدية

## § ١ — القاعدة وأصلها التاريخى

٢٥١ — يخضع العقد الدولى Contrat international كقاعدة عامة لما يعرف بقانون ارادة المتعاقدين ، والعقد الدولى هو العقد الذى يشتمل على عنصر أجنبى • أما العقود الوطنية فى جميع عناصرها فانها لا تثير تنازعا بين القوانين وبالتالى فلا مجال لتدخل ارادة المتعاقدين لاختيار القانون الواجب التطبيق عليها •

ولم تكن هذه القاعدة هى السائدة فى بادىء الأمر • فقد جرى الفقه الايطالى القديم منذ القرن الثانى عشر على اخضاع العقد لقانون محل ابرامه سواء من حيث الشكل أم من حيث الموضوع • ذلك أن مكان انعقاد العقد هو بمثابة المكان الذى يولد فيه التصرف ، وبالتالى يتعين اخضاع العقد لقانون هذا المكان بوصفه القانون الذى نشأ فى ظله التصرف Lex originis (١) •

والواقع أن اخضاع العقد لقانون محل ابرامه شكلا وموضوعا أمر لا يخلو من النقد • ذلك أن العقد انما ينشأ نتيجة للتفكير الانسانى ومكان ابرامه لا يعدو أن يكون مسألة خارجية عن العقد ذاته تمت بطريقة عرضية • وقد تنبه بعض فقهاء المدرسة الايطالية اللاحقين لذلك • فقام الفقيه Curtius فى القرن الخامس عشر بتفسير اخضاع العقد لقانون محل الابرام على أساس أن اختيار محل الابرام انما هو تعبير عن الارادة الضمنية للمتعاقدين الذين قصدا اختيار قانون هذا المكان لحكم العقد •

---

(١) انظر فى ذلك
Schnitzer : les contrats internationaux en droit suisse
منشور بمجموعة محاضرات اكاديمية القانون الدولى بلاهاى سنة ١٩٦٨ الجزء الأول صفحة ٥٤١ وما بعدها •

ويبدو أن هذا التفسير الأخير هو الذى مهد للنظرية التى نادى بها الفقيه Dumoulin فى القرن السادس عشر والتى قرر فيها خضوع العقد من حيث موضوعه لقانون ارادة المتعاقدين[1] • وقد كان ذلك بمناسبة فتوى تتعلق بالنظام المالى للزوجين تقدم بطلبها منه الزوجان Gani اللذان كانا يريدان تجنب القواعد العرفية السائدة فى المقاطعات المختلفة التى تقع فيها أموالهما ، والخضوع للنظام المالى السائد فى باريس • وقد أفتى ديمولان بامكان تطبيق العرف السائد فى باريس باعتبار أن النظام المالى للزوجين هو عقد يخضع لقانون ارادة المتعاقدين ، وأن هذه الارادة قد اختارت القانون السائد فى موطن الزوجين المشترك عند الزواج وهو العرف السائد فى باريس[2] ، ولم يخالف Dumoulin القاعدة القاضية باخضاع العقد لقانون محل الابرام فحسب بل خالف كذلك المذهب السائد فى فرنسا ومقتضاه خضوع الأموال الكائنة بكل مقاطعة لقانون هذه المقاطعة[3] •

وقد استقرت قاعدة خضوع العقد لقانون ارادة المتعاقدين فى فقه القانون الدولى الخاص بشكل عام فى القرن التاسع عشر حيث أخذ بها كل من الفقيهين Savigny و Mancini.

أما سافينى فقد كان فقهه يتلخص كما سبق أن نوهنا بتركيز العلاقة القانونية فى مكان معين واخضاعها للقانون السائد فى هذا المكان على أساس فكرة الخضوع الاختيارى ، وقد قرر سافينى تركيز العقد فى مكان تنفيذه وبالتالى خضوعه لقانون هذا المكان • ذلك أن التنفيذ هو

---

(١) وينوه بعض الشراح بأن قاعدة خضوع العقد لقانون الارادة عرفت عند المصريين فى العهد الرومانى . انظر محاضرات الأستاذ Quadri لطلبة الدكتوراه سنة ١٩٥٢ — ١٩٥٣ ص ٧٣ .

(٢) انظر Niboyet : Traité de droit international privé الجزء الخامس فقرة ١٣٩٠. وانظر كذلك :
Lerebours-Pigeonnière et Loussouarn.
المرجع السابق فقرة ٢٨٠ .

(٣) انظر فى تفاصيل ذلك
Wiederkehr ; Les conflits de lois en matière de régime matrimonial فقرة ٣٣ .

جوهر الالتزام والهدف الذى يرمى اليه العقد وبالتـالى فمن المنطقى أن يرغب الأفراد فى اخضاع عقودهم لقانون هذا المكان[1] .

أما مانشينى فقد كان الأصل لديه كما سبق أن أوضحنا هو امتداد القوانين وراء الأشخاص بحيث ينطبق عليهم قانون جنسيتهم أينمـا ذهبوا . غير أنه أورد على هذا الأصل عدة استثناءات من بينها خضوع العقد لقانون ارادة المتعاقدين[2] .

وقد تم لقاعدة خضوع العقد لقانون ارادة المتعاقدين الاستقرار فى الفقه والقضاء فى مختلف الدول منذ القرن التاسع عشر وذلك تحت تأثير مبدأ الحرية الفردية التى أعلنتها الثورة الفرنسية وكذلك تحت تأثير نظام الاقتصاد الحر . كما كان لفلسفة Kant أثرها فى اسـتقرار القـاعدة[3] .

٢٥٢ - وقد ذهب فريق من الفقه الحـديث الى أن ارادة الأفراد لا تقوم فى حقيقة الأمر باختيار قانون معين لحكم العقد ، بل ان كل ما تقوم به الارادة هو تركيز العقد فى مكان معين فى ضوء عناصر العلاقة والظروف المحيطة بها . فاذا ما تركز العقد فى مكان معين سرى عليـه قانون هذا المكان[4] . فاختيار الأفراد لا يتناول القانون الواجب التطبيق وانما يتناول فقط تحديد مقر العقد . وقد تمكن هذا الفريق من الفقـه من تفادى النقد الأساسى الذى وجه الى قاعدة خضوع العقد لقانون الارادة . ويتلخص هذا النقد فى أنه من غير المستساغ ترك حل تنـازع القوانين للأفراد بتخويلهم سلطة تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة التى هم أطراف فيهـا[5] . غير أن هذا النقد مردود على أية حال . ذلك أن سلطة الأفراد فى اختيار القانون الواجب التطبيق انمـا

---

(١) انظر فى عرض نظرية سافينى ونقدها Schnitzer المرجع السابق .

(٢) أنظر Batiffol et Lagarde المرجع السابق فقرة ٢٣٠ .

(٣) انظر Quadri المرجع السابق ص ٧٥ وانظر كذلك الدكتور منصور مصطفى منصور المرجع السابق ص ٣٠٦ .

(٤) انظر فى تفاصيل ذلك Batiffol : Les conflits de lois en matière de contrat فقرة ٥٧ وما بعدها .

(٥) وقد وجه الى مبدا قانون الارادة انتقادات اخرى لا نرى داعيا =

هى مستمدة من قاعدة الاسناد ومن ثم فان اختيار القانون الذى يحكم العقد انما يتم نتيجة لأمر المشرع الذى تضمنته قاعدة الاسناد .

٢٥٣ – وقد نص المشرع فى المادة ١/١٩ من القانون المدنى على أنه « يسرى على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التى يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطنا ، فان اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التى تم فيها العقد . هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذى يراد تطبيقه[1] » .

ويستفاد من هذا النص أن المشرع اعتد فى تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد بارادة المتعاقدين الصريحة أو باراداتهما الضمنية التى تستفاد من الظروف المختلفة المحيطة بالتعاقد . فان تخلفت الارادة الصريحة ولم يتسن استخلاص ارادة ضمنية من ظروف التعاقد فان المشرع قد أتى بضابطى اسناد يؤخذ بهما على التوالى الأول هو الموطن المشترك للمتعاقدين ان اتحدا موطنا . فان تخلف هذا الضابط تعين الأخذ بضابط محل ابرام العقد وخضع العقد لقانون الدولة التى تم فيها ابرامه .

وللقاضى أن يستخلص ارادة المتعاقدين الضمنية من مختلف الظروف المتصلة بالتعاقد . فيمكنه أن يستشف هذه الارادة من استعمال المتعاقدين لاصطلاحات معروفة فى قانون معين أو كتابة العقد بلغة معينة أو انتماء طرفى العلاقة لجنسية دولة معينة أو اشتراط الدفع بعملة معينة أو اشتراط تنفيذ العقد فى اقليم دولة معينة ومن هذه الظروف أيضا جعل

---

= للخوض فيها خاصة وانها لم تنجح فى هدم القاعدة التى لا زال معمولا بها فى غالبية الدول .

(١) وقد نصت العديد من التشريعات على مبدأ خضوع العقد لقانون الارادة . من ذلك القانون المدنى اليونانى ( م ٢٥ ) والقانون المدنى الايطالى (م ٢٥) والقانون الدولى الخاص البولونى الصادر سنة ١٩٦٥ ( م ٢٥ ؛ والقانون المدنى السوفيتى ( م ١٢٦ من مبادىء التشريع المدنى للاتحاد السوفيتى الصادر سنة ١٩٦١ ) .

(٣) انظر فى ذلك Niboyet : Cours de droit international privé فقرة ٦٣٥

الاختصاص بنظر المنازعات المتعلقة بالعقد لمحاكم دولة معينة مما يفيد انصراف نية المتعاقدين الى اخضاع العقد لقانون دولة هذه المحكمة[1] .

وجدير بالذكر أن المشرع المصرى لم يترك للقاضى — عند تخلف الارادة الضمنية — سلطة تكملة ارادة المتعاقدين ، كما هو الحال فى الكثير من النظم القانونية ، على أساس ما كان يفعلانه لو انصرفت ارادتهما الى اختيار قانون معين . اذ أن نص المادة ١٩ واضح فى وجوب الأخذ بضابطين احتياطين أتى بهما المشرع مقررا وجوب الأخذ بهما على سبيل التدرج كما سبق البيان[2] .

## § ٢ — مدى حرية الأفراد فى اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد

٢٥٤ — ولكن اذا كان للمتعاقدين اختيار القانون الواجب التطبيق عند ابرامهم للعقد فانه من المنطقى السماح لهم بتعديل هذا الاختيار فى أية فترة لاحقة على ابرام العقد . بل أن بعض الفقهاء يذهب الى حد القول بأن عدم تمسك المتعاقدين أمام القضاء بتطبيق القانون الذى انصرفت اليه ارادتها عند التعاقد يعتبر بمثابة عدول منهم عن تطبيق هذا القانون وخضوعهم للضوابط التى يقررها قانون القاضى[3] ويبدو لنا أنه من العسير اعتبار سكوت المتعاقدين عن التمسك بتطبيق القانون الذى اتجهت اليه ارادتهما بمثابة عدول عن تطبيق هذا القانون مما يخول القاضى عدم تطبيق هذا القانون . ولا مجال للتسوية بين هذه الحالة وحالة عدول الأفراد صراحة عن القانون الذى تم لهم اختياره عند ابرام العقد .

٢٥٥ —ويثور السؤال عن مدى حرية المتعاقدين فى اختيار القانون

---

(١) وقد رأت لجنة تعديل القانون المدنى تعديل نص المادة ١/١٩ كالآتى:
« يسرى على الشروط الموضوعية للتصرف القانونى وما يترتب عليه من التزامات القانون الذى اتجهت اليه الارادة الصريحة أو الضمنية . فان لم توجد سرى قانون الدولة التى تم فيها التصرف وفقا لما يقرره القانون المصرى .

(٢) راجع Schnitzer المرجع السابق صفحة ٥٨٣ وما بعدها .

الواجب التطبيق على العقد . هل يتمتع المتعاقدون بحرية مطلقة فى هذا الصدد أم أن هذه الحرية يرد عليها قيود ؟

من المعلوم أن هذا السؤال لا يثور الا بصدد العقـود الدولية أى العقود المشتملة على عنصر أجنبى . أما العقود الوطنية فى جميع عناصرها فهى لا تثير تنازعا بين القوانين وبالتالى لا تتطلب قيام الأفراد بالمفاضلة بين القوانين لاختيار القانون الذى يحكمها . وغنى عن البيان أنه اذا ما حاول الأفراد اصطناع العنصر الأجنبى فى مثل هذه العقود ليتسنى لهم اختيار القانون الواجب التطبيق عليها فان ذلك يكون من قبيل الغش نحـو القـانون .

وفى مجال العقود الدولية ذهب فريق من الفقه الى حد القول بأن للمتعاقدين كامل الحرية فى اختيار القانون الذى يحكم عقودهم ولا يرد على هذه الحرية أى قيد فى هذا الصدد[1] فلهم اختيار قانون لا توجد بينه وبين العقد أية صلة أى لا يربط بين دولته وبين العقد أية رابطة .

وذهب فريق آخر الى اشتراط وجود صلة حقيقية بين قانون الارادة وبين العقد فارادة الأفراد يتلخص دورها فى رأيهم فى تركيز العقـد فى مكان معين فى ضوء عناصر العلاقة والظروف المحيطة بها[2] ، وهـذه الارادة يجب أن تعبر عن مركز الثقل فى العلاقة centre de gravité فاذا انصرفت الارادة الى قانون بعيد عن مركز الثقل فى العلاقة ، فانها لا تكون قد حققت الهدف المقصود وهو تركيز العلاقة فى المكان الذى ترتبط به فعلا . ويتعين حينئذ عدم الاعتداد بهذه الارادة وتركيز العلاقة عن طـريق تحـديد المـكان الذى يتحقق فيه المضـمون المميز contenu caractéristique للالتزام التعاقدى[3] .

ويرى فريق ثالث وهو يمثل الفقه الغالب أن حرية المتعاقدين فى اختيار القانون الذى يحكم العقد ليست مطلقة كما يرى الفريق الأول كما أنها

---

(1) انظر فى ذلك Rabel; conflict of laws الجزء الثانى صفحة ٤٢٧ وانظر كذلك Quadri المرجع السابق صفحة ٨٤ .

(2) انظـر Batiffol : Les conflits de lois en matière de contrat فقـرة ٥٧ .

(3) انظر Schnitzer المرجع السابق صفحة ٥٦٢ وما بعدها .

ليست مقيدة الى الحد الذى يقرره الفريق الثانى • فهم يكتفون باشتراط ألا يكون القانون الذى تم اختياره مقطوع الصلة بالعلاقة • فلا يشترط أن تحقق الصلة عن طريق أحد عناصر العلاقة كجنسية أطراف العلاقة أو محل الابرام أو التنفيذ أو موقع المال ، بل يكفى أن تأتى هذه الصلة من حاجة المعاملات والتجارة الدولية ، اذ كثيرا ما يحــدث فى ميــدان التجارة الدولية أن يستقر عقد خاضع لقانون دولة معينة ويصير نموذجيا لمتاجرة معينـــة كالقطن أو الصوف أو الحبوب ، ويجوز للمتعاقدين أن يبرما عقدهما وفقا لشروط هذا العقد النموذجي ويخضعانه للقانون الذى يخضع له هذا العقد بالرغم من عدم وجود صلة بين هذا القانون وعناصر العقد[1] •

٢٥٦ -- ويثور السؤال كذلك عما اذا كانت حرية الأفراد فى هــذا المجال تخول لهم تجزئة العقــد واخضاع كل جزء لقانون مختلف بحيث تتعدد القوانين الواجبة التطبيق على العقد •

ذهبت المحكمة العليا بالولايات المتحدة الأمريكية كما ذهبت محــكمة الرايخ الألمانى فى بعض أحكامها الشهيرة الى امكان تجزئة العقد بحيث تتعدد القوانين التى تحكم انعقاده وآثاره[2] وعلى ذلك فليس هناك ما يمنع المتعاقدان من اخضاع كل جانب من جوانب العقد لقانون معين ، كأن يخضعا تكوينه لقانون محل الابرام وتنفيذه لقانون محل التنفيذ ، فان تعددت الدول الواجب التنفيذ فيها جاز اخضاع تنفيذ كل التزام لقانون المحل المتفق على تنفيذه فيه[3] • ويضيف فريق من الفقه المصرى أن المشرع المصرى لم يحرص على وحدة القانون الذى يحكم العقد بدليل أنه لم يواجه فى المادة ١٩ من القانون المدنى سوى الالتزامات التعاقدية وهى تمثل آثار العقد ولم يواجه تكوين العقد[4] •

---

(١) انظر الدكتور عز الدين عبد الله : القانون الدولى الخاص الجزء الثانى ( الطبعة السابعة ) صفحة ٤٤١ وراجع الدكتور منصور مصطفى منصور المرجع السابق صفحة ٣٠٩ والدكتور هشام صادق المرجع السابق صفحة ٦٧٨ • وانظر فى القانون المقارن : صفحة ٢٤٧
Wolff ; Private international law

(٢) انظر فى ذلك Batiffol المرجع السابق فقرة ٧٢ و ٧٨ •

(٣) انظر فى ذلك الدكتور عز الدين عبد الله المرجع السابق صفحة ٤٦٧ •

(٤) انظــر الدكتور كمال فهمى : أصول القــانون الــدولى الخاص فقــرة ٤١٦ •

غير أن الرأى الغالب فى الفقه يرى وجوب النظر الى العقد على أنه عملية واحدة تخضع فى مجموعها لقانون واحد[1] • وفيما يتعلق بالتشريع المصرى يؤكد البعض أن فكرة الالتزامات التعاقدية التى نص عليها المشرع فى المادة ١٩ تشمل تكوين العقد وآثاره • ذلك أن الأعمال التحضيرية تكشف عن قصد المشرع فى التعبير باصطلاح الالتزامات التعاقدية عن كل ما يتعلق بالرابطة التعاقدية من حيث تكوينها وآثارها ، أى العقد فى مجموعه ، مما يفيد عدم رغبة المشرع فى تجزئة العقد[2] •

## § ٣ — مجال تطبيق قاعدة الاسناد الخاصة بالعقود

٢٥٧ — واذا كان المفروض وفقا للرأى الغالب أن يحكم قانون الارادة العقد فى مجموعه فانه يتعين معرفة المسائل التى تخرج عن نطاق هذه القاعدة أى معرفة نواحى العقد التى لا تخضع لقانون ارادة المتعاقدين أو ما يحل محلها • كذلك فان السؤال يثور بشأن تحديد العقود التى تخضع لهذه القاعدة هل تخضع جميع العقود لقانون الارادة أو ما يمكن تسميته بقانون العقد :

The proper law of the contract

### أولا — مجال تطبيق قانون الارادة أو ما يحل محلها على مختلف نواحى العقد :

٢٥٨ — وفيما يتعلق بالعقد ذاته يخرج من مجال قانون الارادة وما يحل محلها أو ما أسميناه بقانون العقد كل ما يتعلق بالشكل وبأهلية المتعاقدين • فالشكل الذى يجب أن يتم فيه العقد يخضع لقواعد اسناد خاصة كما سنرى فيما بعد • كذلك تخرج أهلية المتعاقدين من

---

(١) انظر Batiffol المرجع السابق فقرة ٧٧ ، وانظر الدكتور عز الدين عبد الله المرجع السابق صفحة ٤٦٧ •

(٢) انظر الدكتور منصور مصطفى منصور المرجع السابق صفحة ٣١٥•

مجال تطبيق قانون العقد اذ يخضع تحديد الأهلية كما سبق أن رأينا للقانون الشخصى وهو قانون الجنسية وفقا للتشريع المصرى .

وقد سبق أن أشرنا الى أن المشرع قد قصد باستعماله عبارة الالتزامات التعاقدية اخضاع كل ما يتعلق بالرابطة التعاقدية من حيث تكوينها وآثارها لقانون واحد وهذا القانون هو قانون الارادة أو قانون العقد . ويثير البحث فى تكوين العقد وآثاره عدة مسائل نعرض لها فيما يلى بايجاز .

٢٥٩- ـ فبالنسبة لركن التراضى فى العقد من حيث وجوده وصحته ترى غالبية الفقه خضوعه لقانون العقد ، وذلك بعد استبعاد مشكلة وجود الارادة ذاتها باعتبارها مسألة تتعلق بالأهلية . فقانون العقد هو الذى يسرى على كل ما يتعلق بالتعبير عن الارادة ومتى يترتب عليه أثره وهل يكفى أن يكون هذا التعبير ضمنيا أم يجب أن يكون صريحا ، وهل العبرة بالارادة الظاهرة أم بالاراده الباطنة وما مدى قوه الايجاب الملزمة وما قيمة السكوت فى التعبير عن الارادة . كذلك يبين قانون العقد المقصود بتطابق الارادتين كما يبين زمان ومكان انعقاد العقد بين غائبين كما يبين كذلك عيوب الارادة وأثرها على صحة العقد[1] .

غير أن فريق من الشراح يرى اخراج بعض هذه المسائل من مجال تطبيق قانون العقد . فهم يرون عدم خضوع تحديد زمان ومكان العقد المبرم بين غائبين لقانون العقد واخضاعها لقانون القاضى باعتبار أن الأمر يتعلق فى هذه الحالة بتكييف المسألة أى اعطاءها وصف العلاقة التعاقدية وذلك للتوصل لمعرفة قاعدة الاسناد[2] .

كذلك يرى بعض الفقهاء عدم خضوع عيوب الارادة لقانون العقد

---

(١) راجع Niboyet المرجع السابق الجزء الخامس فقرة ١٤٠٦ وانظر كذلك Batiffol et Lagarde المرجع السابق فقرة ٥٩٦ .
وراجع Dicey-morris : conflict of laws صفحة ٧٤١ .

(٢) انظر فى عرض هذا الراى Niboyet المرجع السابق فقرة ١٤٠٦. وهو ينتقد هذا الراى تاسيسا على ان التكييف فى هذه الحالة ليس من قبيل التكييف الاختصاصى اللازم لتطبيق قاعدة الاسناد وانما هو من التكييفات اللاحقة التى تخضع للقانون المختص بحكم العلاقه ذاتها اى قانون العقد .

واخضاعها للقانون الشخصى لمن صــدرت منه الارادة تأسيسا على أن القواعد المتعلقة بهذه العيوب تهدف الى حماية الشخص نفسه[1] •

كذلك يرى بعض الفقه عدم خضوع السكوت ومــدى اعتباره تعبيرا عن القبول لقانون العقد ووجوب اخضاعه لقانون مركز أعمال من وجه اليه الايجاب أو قانون محل اقامته • والقول بغير ذلك من شأنه مفاجأة من وجه اليه الايجاب بحكم لا يعرفه [2] •

٢٦٠ ـ ــ كذلك تميل غالبية الفقه الى اخضاع محل العقد وسببه لقانون العقد •

فقانون العقد هو الذى يبين شروط محل العقــد كالقابلية للتعــامل والتعيين والوجود والامكان[3] • غير أن البعض يرى أن القابلية للتعامل لا تتحدد فقط وفقا لقانون العقد بل يجب أن يشترك فى تحديدها قانون موقع المال اذا كان المحل مالا وقانون محل التنفيذ اذا كان محل العقــد عمــلا[4] •

كذلك يخضع السبب من حيث وجوده ومشروعيته لقانون العقد • غير أنه يلاحظ وجوب مشروعية السبب كذلك وفقا لقانون القاضى والا تعين استبعاد قانون العقــد لتعارضه مع النظام العام • كذلك قد يستبعــد قانون العقد اذا كان قانون القاضى يتطلب وجود سبب للتعاقد ولم يكن العقد قائما على سبب[5] •

٢٦١ ـ ـ كذلك يخضع الجزاء المترتب على تخلف ركن من أركان العقد أو شرط من شروط صحيته لقانون العقد • فقانون العقد هو الذى يحدد

---

(١) انظر هذا الراى معروضا فى : Batiffol; Les conflits de lois en matière de contrats فقرة ٣٨١ ص ٣٣٦ وهو ينتقد هذا الراى تأسيسا على أن التراضى ليس من مسائل الحالة والاهلية . فعيوب الارادة لا تتعلق بالشخص ذاته ولا تستمد مقوماتها من صفات فيــه بل من ظروف العقد ؛ كما ان المشرع لا يهدف بها الى حماية المتعاقد فحسب بل حماية الغيركذلك.

(٢) انظر فى ذلك M. Wolff ; Private International Law صفحة ٤٤٦.

(٣) راجع Niboyet المرجع السابق فقرة ١٤٠٧ و Batiffol المرجع السابق فقرة ٤٠١ وانظر كذلك و Dicey-Morris صفحة ٧٥٤ .

(٤) انظر فى ذلك Niboyet المرجع السابق فقرة ١٤٠٧ وانظر كذلك Wolff المرجع السابق صفحة ٤٥١ .

(٥) راجع Batiffol المرجع السابق فقرة ٤٠٧ صفحة ٣٥٢ .

متى يعتبر العقد باطلا أو قابلا للابطال ، كما يبين هذا القانون الشخص الذى يجوز له التمسك بالبطلان وحكم الاجازة وتقادم الدعوى • هذا ويلاحـــظ أن الآثار المترتبة على تقرير البطـــلان من الالتزام بالرد أو الالتزام بالتعويض تخرج من مجال تطبيق قانون العقـــد[1] • ذلك أن هذه الآثار لا تعد من قبيل الالتزامات التعاقدية اذ «لا يمكن القول بوجود العقـــد بعد أن قضى ببطلانه » • [2] • ومن ثم فان هـــذه الآثار تخضع للقانون الذى يحكم الالتزامات غير التعاقدية •

٢٦٢ -- كذلك يحكم قانون العقد الآثار المترتبة على العقد بصفـــة عامة • غير أن الأمر يحتاج الى شىء من التفصيل •

ففيما يتعلق بآثار العقد من حيث المستفيدون منه ، يبين قانون العقد مدى نسبية آثار العقد والاستثناءات التى ترد عليها، فهو الذى يحكم جواز الاشتراط لمصلحة الغير ويحدد شروطه كما يحدد مـــدى انصراف أثر العقد الى الخلف العام[3] وأثر انصرافه الى الخلف الخاص [4] • كذلك يسرى قانون العقـــد على حق الدائنين فى الطعن فى العقـــد بالدعوى البوليصية وعلى حقهم فى رفع الدعوى غير المباشرة [5] •

كذلك يحكم قانون العقد آثار العقـــد من حيث الموضوع فهو الذى يحدد موضوع التعاقد ومضمون الالتزامات التى يولدها وأحكام هذه

---

(١) راجع Batiffol المرجع السابق فقرة ٤٤٨ صفحة ٣٨٠ وانظر كذلك الدكتور عز الدين عبد الله المرجع السابق صـــفحة ٤٧٣ والدكتور منصـور مصطفى منصور المرجع السابق صفحة ٣١٩ •

(٢) الدكتور هشام صادق :تنازع القوانين (الطبعة الثانية) صفحة٦٩١•

(٣) ويلاحظ بالنسبة للخلف العام وجوب الرجوع الى القانون الذى يحكم الميراث كذلك بشأن الحقوق التى يتلقاها الورثة عن المورث •

(٤) ويرى فريق من الفقه خضوع أثر العقد بالنسبة للخلف الخاص لقانون موقع المال وليس لقانون العقد • انظر الدكتور عز الدين عبد الله المرجع الســـابق ص ٤٧٤ هامش ٢ غير انه يرد على ذلك بأن الحقوق الشخصية المتعلقة بالأموال لا تعد من حالتها القانونية وبالتالى لا تدخل فى مجال تطبيق قانون موقعها انظر الدكتور كمال فهمى ، أصول القانون الدولى الخاص صفحة ٢٦٦ هامش ١ •

(٥) انظر Batiffol المرجع السابق فقرة ٤٦٢ و ٤٦٧ •

الالتزامات . كما يتعين الرجوع لقانون العقد لتفسير أحكامه ، ويتم هذا التفسير وفقا للقواعد المتبعة فى هذا القانون[1] .

كذلك يخضع تنفيذ الالتزام للقانون الذى يحكم العقد ، فيبين هذا القانون الحالات التى يكون فيها التنفيذ عينيا والطريقة التى يجب أن يتم بها كما يبين «متى يكون التنفيذ بمقابل وكيفية تقدير التعويض وعناصره وحكم الشرط الجزائى وأحكام التعويض القانونى أى الفوائد » [2] ويحكم قانون العقد كذلك التضامن وعدم قابلية الدين للانقسام ووجوب الأعذار أو عدمه . ويحدد قانون العقد « عناصر المسئولية التعاقدية وأسباب دفعها ، كما يحكم مدى صحة شروط عدم المسئولية »[3] ، كما يبين الأجل وآثاره وأسباب سقوطه .

وبالرغم من خضوع تنفيذ الالتزام التعاقدى لقانون العقد فان قانون دولة التنفيذ قد لا يقر الوسائل التى ينص عليها قانون العقد مما يترتب عليه استحالة التنفيذ . وتعد هذه الاستحالة بمثابة القوة القاهرة وهى تخضع لقانون العقد[4] .

٢٦٣ — ويحكم قانون العقد كذلك أسباب انقضاء الالتزام ، فهو الذى يحكم الوفاء أو التنفيذ الاختيارى وشروط صحته . ويبين من يصح منه الوفاء ومن يصح له الوفاء ، وهو الذى يبين على أى شىء يقع الوفاء وزمانه ومكانه . غير أنه يشترط عدم مخالفة طريقة التنفيذ للقواعد المتعلقة بالنظام العام فى بلد الوفاء كما لو كانت بلد التنفيذ تمنع الوفاء بالذهب أو بعملة معينة .

---

(١) غير انه قد يتعين الرجوع الى قانون الدولة التى تحرر العقد بلغتها لتحديد مفهوم العبارات الواردة بالعقد . أنظر Batiffol et Lagarde المرجع السابق فقرة ٦٠٤ .

(٢) الدكتور منصور مصطفى منصور المرجع السابق صفحة ٣٢٠ . ويلاحظ ان التهديدات المالية وكذلك التنفيذ الجبرى لا يخضعان لقانون العقد وانما يخضعان لقانون القاضى أنظر الدكتور عز الدين عبد الله المرجع السابق ص ٤٧٦ .

(٣) الدكتور كمال فهمى المرجع السابق ص ٤٦٧ .

(٤) راجع دروس الأستاذ Quadri لطلبة الدكتوراه بجامعة القاهرة سنه ١٩٥٣ ص ١٣٠ .

كذلك يحكم قانون العقـــد التجديد باعتباره سببا لانقضاء الالتزام • غير أن التجديد قد يترتب عليه نشوء التزام جديد ومن ثم يتعين وقوع التجديد صحيحا وفقا للقانون الذى يحكم الالتزام القـــديم والقانون الذى يحكم الالتزام الجـــديد ، وذلك حتى ينتج أثره من حيث انقضاء الالتزام الأصلى [1] •

ويخضع لقانون العقد كذلك انقضاء الالتزام لاستحالة تنفيذه • وكذلك طلب الفسخ لعدم التنفيذ [2] •

كذلك يحـــكم قانون العقد الابراء • فهو الذى يتكفل ببيـــان ما اذا كانت ارادة الدائن وحدها تكفى للابراء أم أنه يتعين لذلك ابرام اتفـــاق جديد • ويحكم قانون العقد أيضا التقادم المسقط • فهو الذى يحدد آثار التقادم ومدته وأثر الاتفاقات المعدلة لأحكامه ، وأسباب وقف المدة وانقطاعها[3] •

وفيما يتعلق بانقضاء الالتزام بالمقاصة يتعين التفرقة بين المقاصة الاتفاقية والمقاصة القضائية والمقاصة القانونية •

فالمقاصـــة الاتفاقية تشكل عقدا جديدا مســـتقلا وتخضع بالتالى للقانون الخاص بهذا العقـــد ، وذلك بغض النظر عن القـــانونين اللذين يحكمان الدينين اللذين تتحقق بينهما المقاصة[4] •

---

(١) انظر الدكتور منصور مصطفى منصور المرجع السابق ص ٣٢٢ •

(٢) راجع Niboyet المرجع السابق ص ١٣٢ • وانظر كذلك Batiffol et Lagarde المرجع السابق فقرة ٦٠٨ •

(٣) وقد اخذت بهـــذا الراى بعض التشريعات الحديثة كالقانون الدولى الخاص التشيكى الصادر سنة ٩٦٣ حيث يقضى بأن « يخضـــع التقادم المسقط للالتزام للقانون ذاته الذى يحكم الالتزام » ( م ١/١٣ ) • وقـــد اتجه القضاء فى الدول الانجلو امريكية الى اعتبار التقادم المسقط من مسائل الاجراءات التى تخضع لقانون القاضى • انظر Batiffol المرجع السابق ص ٤٥٤ غير ان هذا الاتجاه يعيبه تعرض الدائن للمفاجأة ، اذ من العسير عليه العلم مسبقا بالمحكمة المختصة بحكم النزاع انظر فى ذلك الدكتور هشام صادق المرجع السابق ص ٧٠٠ •

(٤) انظر الدكتور منصور مصطفى منصور المرجع السابق ص ٣٢٢ •

كذلك تخرج المقاصة القضائية من مجال تطبيق قانون العقد ، وتخضع لقانون القاضى باعتبار « الأمر يتعلق بسلطة المحكمة فى سد النقص فى الشروط اللازمة لوقوع المقاصة[1] » .

أما المقاصة القانونية فان الأمر يدق بشأنها اذا كان الدينان خاضعين لقانونين مختلفين[2] . وقد تعددت الآراء فى هذا الصدد . فيرى البعض اخضاع المقاصة لقانون القاضى تأسيسا على أن المسألة تتعلق بتنظيم الدفوع وهى مسألة اجراءات غير أنه يمكن الرد على ذلك بأن المقاصة باعتبارها من أسباب انقضاء الالتزام تتعلق بالموضوع وليس بالاجراءات .

ويرى البعض الآخر وجوب تطبيق قانون الدين الذى يدفع بانقضائه بالمقاصة باعتبار أنه الدين موضوع المطالبة وهذا هو الرأى الذى نميل الى الأخذ به . ويذهب فريق ثالث الى تطبيق القانون الذى يحكم الالتزام الذى نشأ أخيرا باعتبار أن نشوء هذا الالتزام هو الذى يؤدى الى تحقيق المقاصة . غير أن هذا الرأى يغفل أن المسألة تتعلق بالدرجة الأولى بانقضاء الالتزام الأول . وذهب فريق رابع الى تطبيق القانونين تطبيقا جامعا بحيث لا تتحقق الا اذا أجازها القانونين لأن المقاصة تؤدى الى انقضاء الدينين لا دين واحد .

ويرى فريق أخير أنه اذا كان قانون القاضى هو أحد القانونين تعين تطبيقه . فاذا كان القانونان أجنبيين تعين تطبيق القانون الذى تقرب أحكامه من أحكام قانون القاضى[3] .

---

(١) الدكتور كمال فهمى المرجع السابق ص ٤٦٧ .

(٢) وغنى عن البيان أنه اذا كان الدينان يحكمهما قانون واحد فان المقاصة تخضع لهذا القانون اى لقانون العقد ، سواء كان الدينان تعاقديين أم كان احدهما تعاقديا .

(٣) أنظر فى ذلك Quadri المرجع السابق ص ١٤٤ وأنظر الدكتور كمال فهمى المرجع السابق ص ٤٦٧ والدكتور منصور مصطفى منصور المرجع السابق ص ٣٢٢ .

**ثانيا : مجال قانون الارادة من حيث انواع العقود :**

٢٦٤ — ويثور السؤال عما اذا كانت قاعدة خضوع العقد لقانون الارادة تسرى بالنسبة لجميع العقود أم أن ثمه عقود تخرج من مجال اعمالها •

سبق أن رأينا ونحن بصدد دراسةمسائل الأحوال الشخصية أنالعقود الخاصة بالأحوال الشخصية كعقد الزواج تخضع لنظام خـاص بهـا • وعلى ذلك فان هذه العقود تخرج من مجال تطبيق قانون الارادة التى تحكم المعلاملات المالية فقط •

وفى مجال المعاملات المالية نص المشرع فى الفقرة الثانية من المادة ١٩ على أن « قانون موقع العقار هو الذى يسرى على العقود التى أبرمت فى شأن هـذا العقار » • وعلى ذلك فان كافة العقود المتعلقة بالعقارات لا تخضع لقانون ارادة المتعاقدين أو ما يحل محلها سواء أدت هذه العقود الى انشاء حق عينى أم أدت الى ترتيب حقوق شخصية كما هو الحال بالنسبة لعقد الايجار ، وتخضع لقانون موقع العقار • ولا يخرج من اختصاص قانون الموقع الا أهلية المتعاقدين اذ تخضع كما سبق البيان لقانون الجنسية كما يخرج شكل التصرف كذلك من مجال تطبيق قانون العقار اذ يخضع للقوانين التى حددتها المادة ٢٠ كما سيأتى البيان •

٢٦٥ — وقد كانت المادة ٤٤ من المشروع التمهيدى للقانون المدنى تتضمن نصا يقضى كذلك باخراج عقود العمل من مجال تطبيق قانون الارادة اذ كان يقضى بأنه « يسرى على العقود التى يبرمها أصحاب المصانع والمتاجر والمزارع مع عمالهم ومستخدميهم القانون المعمول به فى الجهة التى يوجد بها مركز ادارة هذه الأعمال • فاذا كان المركز الرئيسى لهذه الأعمال فى الخارج وكانت فروعها فى مصر هى التى أبرمت هذه العقود فان القانون المصرى هو الواجب التطبيق •• » • وقد صدر القانون المدنى خلوا من هذا النص مما ينم عن رغبة المشرع فى ترك الأمر لاجتهاد الفقه والقضاء • غير أن محكمة النقض المصرية أكدت فى أحد أحكامها الحديثة وجوب العمل بقاعدة الاسناد السالفة الذكر بالرغم من حذف المشرع لها • فقررت فى حكمها الصادر فى ابريل سنة ١٩٦٧ أنه « يسرى على العقـود التى يبرمها أصحاب الأعمـال مع عمالهم ومستخدميهم القانون المعمول به فى الجهة التى يوجد بها مركز ادارة

هذه الأعمال ، فاذا كان المركز الرئيسى فى الخارج وكانت فروعها فى مصر هى التى أبرمت هذه العقود فان القانون المصرى يكون هو الواجب التطبيق »[1] .

وعلى ذلك فان محكمة النقض قد أقرت بشكل قاطع اخراج عقود العمل من مجال تطبيق قانون الارادة وأخضعت هذه العقود لضابط اسناد مستمد من مركز ادارة العمل الرئيسى . وهو ضابط مزدوج ، بمعنى أنه لو كان مركز ادارة العمل فى مصر خضع العقد للقانون المصرى وان كان مركز ادارة العمل فى دولة أجنبية خضع العقد لقانون هذه الدولة . غير ان القانون المصرى يختص مع ذلك بحكم عقـد العمل بالرغم من وجود مركز الادارة الرئيسى فى الخارج اذا كان عقد العمل قد تم ابرامه فى مصر عن طريق أحد الفروع .

غير أن الفقه الحديث يعيب على هذا الاتجاه تجاهله لخضوع عقود العمل لقواعد تنظيمية آمره فى التشريعات الحديثة تهدف الى حماية العمال كالقواعد الخاصةبتحديد الأجوروتحديد ساعات العمل والتعويض عن الاصابات والأجازة بأجر . وهذه القواعد تهدف الدولة الى تطبيقهاعلى كافة العمـال داخل اقليمها بغض النظر عن مكان وجود مركز الأعمـال أو انعقاد العقد . لذلك يرى فريق من الفقه المصرى اخضاع الجانب التنظيمى فى عقد العمل لقانون دولة محل تنفيذ عقد العملنظرا لتعلق هذا الجانب بالأمن المـدنى[2] . أما الجانب غير التنظيمى لعقد العمل فهـو يخضع لقانون الارادة وفقا للقاعدة العامة فى العقود[3] . ويرى فريق

---

(1) منشور بمجموعة الأحكام الصادرة من المكتب الفنى لمحكمة النقض السنة ١٨ ــ مارس وابريل ١٩٦ ص ٧٩٨ . وانظر تعليق الدكتور هشام صادق على هذا الحكم منشور بمجلة ادارة قضايا الحكومة السـنة ١٥ العدد الأول ١٩٧١ ص ١١٥ وما بعدها .

(2) انظر الدكتور عز الدين عبد الله المرجع السابق ص ٤٥١ والدكتور منصور مصطفى منصور المرجع السابق ص ٣١٤ ويفسر الدكتور هشام صادق تطبيق القانون المصرى على الجانب التنظيمى لعقود العمل المنفذة فى مصر « يكون القواعد الآمرة المنظمة لعقد العمل تعد من القواعد ذات التطبيق المباشر التى تحدد بذاتها مجال سريانها المكانى » . انظر مؤلفة تنازع القوانين ص ٧١٦ .

(3) غير أن بعض هذا الفقه يرى انه اذا لم يتفق المتعاقدان على اختيار قانون معين بالنسبة للجانب غير التنظيمى تعين الآخذ بقرينـة مفروضـة تتخذ من مركز العمل أو محل ابرام العقد أو محل تنفيذه » الدكتور عز الدين عبد الله المرجع السابق ص ٤٥٢ .

آخر من الفقه المصرى الحديث تطبيق قانون الدولة التى يجرى فيها تنفيذ العمل فى جميع الحالات ، أى سواء بالنسبة للجانب التنظيمى أو بالنسبة للجانب غير التنظيمى وسواء كان تنفيذ العمل فى مصر أم فى الخارج ، اذ أن من شـأن هذه القاعدة كفالة وحدة القانون المطبق على عقد العمل[1] .

ونحن نيد هـذا الرأى الأخير القائل بوجوب الأخذ بقاعدة أسناد موحدة مقتضاها الأخذ بقانون الدولة التى يجرى فيها تنفيذ العمل غير أن الأخذ بهذه القاعدة لا يحسم الأمر بالنسبة لعقود العمل التى يتم تنفيذهـا فى عدة دول . قد يقال بوجوب الأخـذ فى هذه الحالة بقـانون الدولة التى يتم فيها التنفيذ بصفة أساسية . ولكن ما الحل لو تم التنفيذ فى عدة دول على قدم المساواه ؟ لا مفر فى هذه الحالة من تطبيق قانون مركز ادارة الأعمال بغض النظر عن مكان التنفيذ ، على النحو الذى قررته محكمة النقض المصرية فى حكمها السابق .

٢٦٦ — ومن أهم المشـاكل التى ثارت فى الآونة الحديثة تلك المتعلقة بالعقود التى تبرمها الدولة مع الأفراد أو مع أشخاص القانون الخاص كالشركات . هل تخضع هذه العقود كذلك لمبدأ قانون الارادة أو ما يحل محلها على النحو الذى رأيناه ؟

لا خلاف فى أنه ليس ثمة ما يحول دون اتجاه ارادة أطراف العقد صراحة الى اختيار قانون معين . ولكن ما الحل لو لم يتسن الأهتداء الى ارادة المتعاقدين ؟ هل يعتد فى هـذه الحالة بالقرائن التى ينص عليها المشرع لتحل محل ارادة المتعاقدين بالنسبة للعقود العادية ؟

ذهبت المحكمة الدائمة للعدل الدولى[2] كما ذهب القضاء الفرنسى والألمانى فى بادىء الأمر[3] الى أنه اذا لم يتبين اتجاه ارادة الدولة الى

---

(١) انظر الدكتور هشام صـادق المرجع السـابق ص ١٧٩ وتعليقه السالف الذكر .

(٢) حكم المحكمة الدائمة للعدل الدولى الصادر فى ١٢ يوليو عام ١٩٢٠ والمنشور فى مجلة Clunet سنة ١٩٢٩ ص ١٠٧٧ .

(٣) انظر تفاصيل هذه الأحكام فى دروس الدكتور فؤاد رياض فى أكاديمية =

الخضوع لقانون معين فانه لا يمكن افتراض أن الدولة قد قبلت اخضاع العقد لقانون غير قانونها وبعبارة أخرى فانه يتعين اعتبار قانون الدولة الطرف فى العقد هو الواجب التطبيق وعدم الأخذ بالقرائن التى تحل محل الارادة عند تخلفها كما هو الحال بالنسبة للعقود بين الأفراد .

غير أنه باتساع النشاط التعاقدى للدولة بدأ قضاء مختلف الدول كما بدأت محاكم التحكيم تحيد عن هذا المبدأ ولم تستلزم تطبيق قانون الدولة فى جميع الحالات التى تكون فيها الدولة طرف فى العقد . ففى احدى المنازعات الشهيرة المطروحة للتحكيم بين احدى شركات البترول وحاكم امارة أبى ظبى رفض المحكم تطبيق قانون الاماره وقرر تطبيق « المبادىء المستقرة والجارى العمل بها فى الأمم المتحضرة والمتأصلة فى الفكر السليم » [1] . كذلك ذهبت بعض الاتفاقات الحديثة الى وجوب اخضاع مثل هذه العقود الى قواعد ذات صبغة عالمية سواء كانت قواعد مستمدة من مبادىء القانون المقارن ، أم كانت قواعد مستمدة من القانون الدولى الذى يتضمن مبادىء تتعلق بالمعاملات الدولية والعلاقات الاقتصادية الدولية[1] . وهذه المبادىء تشكل فرعا جديدا من فروع القانون الدولى العام[3] .

ومن الواضح أن القضاء والاتفاقات الدولية لم يضعا معيارا واضحا للاهتداء للقانون الواجب التطبيق على عقود الدولة اذا لم توجد ارادة

---

= القانون الدولى :
L'Entreprise publique en droit international privé منشــور فى Recueil des cours سنة ١٦٦٣ الجزء الأول ص ٦٣٨ .

(١) "Principles rooted in the good sense and common practice of the generality of civilised nations".

انظر دروس الدكتور فؤاد رياض بأكاديمية القانون الدولى المرجع السابق ص ٦٤٢ .

(٢) أنظر الاتفاق بين الحكومة الايرانية وبين ERAP وانظر عكس ذلك فى اتفاقية البنك الدولى لسنة ١٩٦٥ بشأن تسوية المنازعات الناشئة بالاستثمارات ، حيث تؤكد الاتفاقية وجوب تطبيق قانون الدولة المتعاقدة مؤكدة بذلك ما ذهبت اليه المحكمة الدائمة العدل الدولى فى حكمها السابق الذكر .

(٣) أنظر فى تفاصيل هذه المبادىء
Mann : Die Vertrage der Volkerrechtssubjekte, منشور فى Jus et Lex ص ٤٦٥ وما بعدها .

صريحة تحدد القانون الواجب التطبيق • ويبدو لنا عدم وجوب الخروج كمبدأ عام عن القاعدة المتبعة بالنسبة لعقود الأفراد والرجوع الى القرائن المتبعة بالنسبة لهذه العقود اذا لم يستهدف من العقد اتجاه ارادة الدولة الى تطبيق قانون معين • فالدولة التى تتعاقد على قدم المساواة مع الأفراد لا يجوز لها أن تتمسك بحصانة تشريعية تعفيها من الخضوع لأى قانون غير قانونها اذ أن فى ذلك خرق المساواة بين أطراف العلاقة الذى يتعين توافره لاضطراد المعاملات الدولية •

غير أنه توجد حالة يتعين فيها اخضاع العقود التى تكون الدولة طرفا فيها لقانون هذه الدولة عند تخلف الارادة الصريحة ، وهى الحالة التى يكون العقد قد أبرم فيها بقصد تحقيق احدى وظائف الدولة • ذلك أنه لا يستساغ أن تخضع الدولة وهى بصدد القيام بوظيفة من وظائفها لقانون دولة أخرى مالم تكن قد ارتضت ذلك صراحة • فاذا لم يكن العقد مرتبطا بتحقيق وظيفة من وظـائف الدولة فليس هناك مايبرر تمسك الدولة بالخضوع لقانونها وتمتعها بحصانة تشريعية تضعها فى مرتبة أسمى من أطراف العقد الآخرين •

٢٦٧ ـ غير أنه من المشاهد عملا عدم قيام الدولة ذاتها بممارسة النشاط التجارى والدخول فى المعاملات الدولية مع الأفراد بشكل مباشر ، وانما تمارس نشاطها عن طريق وحدات اقتصادية مستقلة عنها تتعامل باسمها الخاص وتنطلق فى معترك الحياه الاقتصادية والتجارية دون الخضوع القيود المختلفة التى تغل يد الهيئات الادارية التابعة للدولة • هذه الوحدات الاقتصـادية هى المعـروفة باسم المشروعات العامة وهذه المشروعات وان كانت مملوكة للدولة الا أنها تتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن الدولة • ويثور السؤال بالنسبة لتحديد القانون الذى يحكم العلاقات التعاقدية للمشروع العام فى المجال الدولى : هل يمكن التسوية بين العقود التى تبرمها المشروعات العامة وتلك التى يبرمها الأفراد أو أشخاص القانون الخاص من حيث القانون الواجب التطبيق باعتبار أن هذه المشروعات العامة تتمتع بشخصية قانونية قائمة بذاتها ؟

ويبدو لنا وجوب اخضاع عقود المشروعـات العامة مع الأفراد أو عقودها فيما بينها لنفس القواعد التى تحكم عقود الأفراد • بمعنى

أنه لا يجوز للمشروع العام أن يتمسك بخضوع العقد لقانون دولته عند عدم امكان الاهتداء لقانون الارادة • ويستثنى من ذلك حالة واحدة وهى الحالة التى يكون فيها المشروع العام قد تعاقد بصدد تحقيق احدى وظائف الدولة • ففى هذه الحالة فقط يتعين خضوع المشروع العام لقانون الدولة التى ينتمى اليها مثله فى ذلك مثل الدولة ذاتها عند تعاقدها بقصد تحقيق وظيفه من وظائفها •

أما اذا كان طرفا العلاقة من المشروعات العامة وكان كلاهما يهدف من التعاقد الى تحقيق وظيفه من وظائف الدولة ، ففى هذه الحالة لا مجال لتفضيل قانون أى من الدولتين وتطبيقه على العقد دون الآخر • وفى رأينا أن مثل هذا العقد هو فى حقيقته اتفاقا دوليا ومن ثم تطبق عليه نفس القواعد التى تخضع لها الاتفاقات الدولية •

# الفصل الثاني

## شكل التصرفات القانونية

## § ١ — القانون الذى يخضع له شكل التصرف

### قاعدة خضوع التصرف لقانون محل الابرام Locus Regit Actum

٢٦٨ — عنى القضاء والفقه منذ ظهور مشكلة تنازع القوانين فى القرنين الثانى عشر والثالث عشر بتحديد القانون الواجب التطبيق على التصرف القانونى • وكانت أول مشكلة تثار أمام القضاء فى هذا الصدد هى مشكلة وصية أجراها شخص من مدينة مودين فى مدينة فنيسيا بحضور ثلاثة شهود ، وهو العدد الذى يتطلبه قانون فينيسيا لصحة الوصية على خلاف قانون مودين الذى يتطلب سبعة شهود لصحة هذا التصرف • وقد اعتبر القضاء الوصية صحيحة وأكد الفقه هذا الحل بحيث أصبح من المسلم به خضوع التصرف لقانون محل ابرامه • ولم يفرق الفقه بين شكل التصرف وموضوعه فاخضع كلاهما لقانون واحد هو قانون محل الابرام • وقد استمر الحال على ذلك لدى فقهاء المدرسة الايطالية القديمة الى أن أتى الفقيه الفرنسى ديمولان بنظريته بشأن خضوع موضوع التصرف لقانون ارادة المتعاقدين ، وبذلك أصبحت قاعدة خضوع التصرف لقانون محل ابرامه قاصرة علي شكل التصرف فقط دون موضوعه •

ولما ظهر تقسيم الأحوال الى عينية وشخصية على يد الفقيه دارجنترية أدخل البعض القاعدة فى طائفة الأحوال الشخصية بسبب امتداد القانون المحلى والاعتراف بصحة التصرف خارج مكان ابرامه ومنهم من أدخلها فى الأحوال العينية تأسيسا على أن القانون المحلى يسرى على شكل العقد باعتباره واقعة وقعت داخل الاقليم • ولما قامت المدرسة الهولندية بتقسيم الأحوال الى عينية وشخصية ومختلطة وجدوا من الملائم ادراج القواعد الخاصة بالشكل فى طائفة الأحوال المختلطة التى ألحقوها بالأحوال العينية من حيث كونها اقليمية التطبيق •

٢٦٩ – وتستجيب هذه القاعدة فى الواقع لحاجة المعاملات الدولية، فاخضاع التصرف القانونى للمكان الذى يراد ابرام التصرف فيه انما يهدف الى التيسير على المتعاملين ، اذ قد لا يكون فى امكانهم مباشرة التصرف فى شكل غير الشكل المعروف فى مكان تعاملهم[1] • ويتفرع على قيام القاعدة المذكورة على فكرة التيسير على المتعاملين وجوب كون هذه القاعدة اختيارية • اذ مادام اتباع الشكل المقرر فى بلد ابرام التصرف انما يهدف الى تمكين المتعاقدين من تطبيق القانون الذى يسهل عليهم الاهتداء اليه ، فانه ليس هناك ما يبرر جعل القاعدة الزامية ، أى ليس هناك ما يسوغ اجبار أطراف العلاقة على الخضوع لقانون محل الابرام اذا كان من الأسهل عليهم اخضاع تصرفهم من حيث الشكل لقانون آخر • كقانون جنسيتهم لالمامهم بأحكامه أو القانون الذى انصرفت اليه ارادتهم لحكم موضوع التصرف •

٢٧٠ – لذلك نجد أن المشرع المصرى قد سمح للأفراد بالخروج على قاعدة خضوع شكل التصرف لقانون محل الابرام واتاح لهم فرصة الاختيار بين عدة قوانين بحيث يحق لهم اخضاع شكل التصرف لأى منها• فتقضى المادة ٢٠ من القانون المدنى المصرى بأن « العقود ما بين الأحياء تخضع فى شكلها لقانون البلد الذى تمت فيه ويجوز أيضا أن تخضع للقانون الذى يسرى على أحكامها الموضوعية كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطنى المشترك » •

ويتضح من هذا النص أن المشرع خول المتعاقدين اختيار أحد قوانين ثلاثة أخرى بجواز قانون محل الابرام لحكم للعقد من حيث الشكل •

أما القانون الأول فهو القانون الذى يحكم الموضوع • والعلة فى السماح للأفراد باختيار هـذا القانون لحكم شكل التصرف هو كونه « أكفل بتحقيق وحدة القانون الذى يسرى على العقد »[2] •

---

(١) راجع Batiffol : Les conflits de lois en matière de contrats فقرة ٤٢٤ . وانظر كذلك : Silz : Du domaine d'application de la règle Locus Regit Actum ص ٥٦ •

(٢) مجموعة الاعمال التحضيريةللقانون المدنى الجزء الأولصفحة ٢٠٦.

وأما القانون الثانى الذى أجاز المشرع للأفراد الالتجاء اليه لحكم الشكل فهو قانون الموطن المشترك اذا اتحدا موطنا لأن فى ذلك « تيسيرا يتمشى مع أهمية الموطن فى تنفيذ العقود ولاسيما التجارى منها[1] •

وأما القانون الثالث الذى سمح المشرع للأفراد باختياره بدلا من قانون محل الابرام فهو قانون جنسية المتعاقدين فى حالة اتحادهما فى الجنسية ، اذ من المحتمل أن يكون الأفراد أكثر الماما بقانون جنسيتهم من المامهم بقانون محل ابرام التصرف •

## § ٢ ـ تحديد المقصود بشكل التصرف القانونى

٢٧١ ـ يقصد بالشكل الاطار الذى يتم فيه أفراغ الارادة أى اظهارها الى العالم الخارجى أو القالب الذى يفرغ فيه ركن الرضا فى العقد[2] •

ويحسن التفرقة ، قبل بحث المقصود بفكرة الشكل فى هذا المجال ، أن نفرق بينها وبين بعض الأشكال الأخرى التى ترتبط بنظم قانونية معينة وبالتالى تخضع لقاعدة الاسناد الخاصة بهذه النظم • وسنعرض لأهم هذه الأشكال لنستبعدها من مجال تطبيق قانون محل الابرام •

**١ ـ الاشكال المكملة للأهلية[3] :** ويقصد بهذه الاشكال الاجراءات الواجب اتخاذها لتمكين ناقص الأهلية من مباشرة تصرف معين ، ومثال ذلك وجوب الحصـول على اذن الوصى لامكان قيام القاصر بتصرف قانونى معين أو الحصول على اذن الزوج فى بعض التشريعات لامكان قيام الزوجة بتصرف معين • وهذا النوع من الأشكال يرتبط ارتباطا كاملا بموضـوع التصرف الذى يراد القيام به وبالتالى فانه يخضع للقانون الذى يحكم موضوع التصرف ذاته •

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية الجزء الأول ص ٢٩٧ •

(٢) انظـر الدكتور كمال فهمى : اصـول القانون الدولى الخاص فقـرة ٤٢٣ •

(٣) Formes habilitantes

٢ — **الأشكال المتعلقة بالعلانية** [١] ، أو بشهر الحقوق العينية : وهذا النوع من الأشكال مرتبط بنشوء الحق العينى العقارى كما هو الشأن بالنسبة للحقوق العينية • ويتعين اخضاع هـذا النوع من الأشـكال للقانون الذى يحكم الحق العينى وهو قانون موقع المال كما سبق البيان • فهذه الأشكال انما وجدت لحماية الاتمان العام واعلام الغير وحمايتهم ، ولا يمكن تحقيق هذا الغرض الا بتطبيق قانون المكان الذى يوجد به العقار نفسه •

٣ — **أشكال المرافعات**[٢] : وهى الأشكال المرتبطة باجراءات التقاضى وبسير الدعوى أمام القضاء ، وهى تخضع لقانون القاضى وهو القانون الذى يحكم اجراءات التقاضى بوجه عام :

٢٧٢ — غير أن استبعاد هذه الأشكال من مجـال تطبيق قانون المحل لا يحسم الأمر اذ يتعين تحديد الشكل الذى يدخل فى مجال تطبيق القاعدة ، فقد يكون الشكل مطلوبا كوسيلة لاثبات التصرف فحسب ، وقد يكون مطلوبا كركن لانعقاد التصرف وصـحته بحيث يترتب على تخلفه بطلان التصرف • فهل يدخل كلا النوعين من الأشكال ضمن مجال تطبيق القانون الذى يحكم الشكل ؟

**اولا : الشكل المطلوب لانعقاد التصرف :**

٢٧٣ — اذا كان الشكل مطلوبا لانعقاد التصرف كما لو اشترط المشرع الرسمية كركن فى التصرف فان الفقه قـد انقسم فى ذلك الى فريقين •

فيرى فريق من الفقه الفرنسى أن اشتراط شكل معين كركن لانعقاد التصرف بحيث يترتب على تخلفه بطلان هذا التصرف ، هو من الأمور المتعلقة بموضوع التصرف وبالتالى يجب أن يخضع للقانون الذى يحكم

---

(١) Formes de publicité

(٢) Formes de procédure

الموضوع وليس للقانون الذى يحكم الشــكل • ذلك أن
لا تتعلق فى هذه الحالة بالمظهر الخارجى الذى تفرغ فيه الارادة وانما تتعلق بسلامة هذه الارادة وحمايتها ، أى بجوهر التصرف[٢] •

وعلى ذلك يتعين وفقا لهذا الرأى الرجوع الى القانون الذى يحكم الموضوع لمعرفة ما اذا كانت الرسمية مثلا مطلوبة لانعقاد العقد أم لا • فاذا كان القانون الذى يحكم موضوع التصرف يتطلب الرسمية فان العقد لا ينعقد صحيحا بدونها حتى ولو كان قانون محل الابرام لا يتطلب هذه الرسمية •

ويذهب فريق ثان الى وجوب اخضاع الشكل اللازم لانعقاد التصرف لقانون محل الابرام ، ويستند أنصار هذا الرأى الى أن اخضاع الشكل اللازم لانعقاد العقد ، أى المعتبر ركنا فيه ، للقانون الذى يحكم موضوع العقد وليس لقانون محل الابرام ، أمر يتنافى مع فكرة التيسير ومع الاعتبارات العملية التى تقوم عليها قاعدة الاسـناد فى مجـال شكل التصرفات القانونية • اذ أننا سنلزم المتعاملين بالرجوع الى قانون غير قانون المكان الذى يتم فيه ابرام التصرف • وهو قانون قد يتعذر عليهم العلم بأحـكامه • ومن ثم فان اعتبـارات التيسير على المتعاملين تقتضى الرجوع الى قانون محل الابرام حتى بالنسبة الى الأشكال التى تعتبر ركنا لابرام العقد وشرطا لصحته دون التقيد بما يقضى به القانون الواجب التطبيق على موضوع التصرف • فاذا كان قانون محل الابرام

---

(١) اما الأوضاع التى يتكون منها الشكل فتخضع للقانون الذى يحكم شكل التصرف ، فاذا كان قانون الموضوع يتطلب الرسمية لانعقاد العقد فيكفى لانعقاده أن تتبع الأوضاع التى تكون الشكل الرسمى فى بلد الابرام دون حاجة للرجوع الى قانون الموضوع لاتباع الأوضاع التى تكون الشكل الرسـمى فيـه •

(٢) انظر Niboyet, Traité الجزء الخامس ص ٢٠٦ • والدكتور كمال فهمى المرجع السابق فقرة ٤٢٣ •

وقد أخذت بهذا الرأى ايضا المذكرة الايضاحية للقانون المدنى المصرى اذ جاء فيها أن اختصاص القانون الذى يسرى على الشكل ( أى قانون محل الابرام « لا يناول الا عناصر الشكل الخارجية . أما الأوضاع الجوهرية فى الشكل وهى التى تعتبر ركنا لانعقاد التصرف كالرسميه فى الرهن التأمينى فلا يسرى عليها الا القـانون الذى يرجع اليه للفصل فى التصرف من حيث الموضوع » مجموعة الأعمـال التحضيرية للقانون المـدنى المصرى الجزء الأول ص ٢٩٦ •

يكتفى بالشكل الصرفى لابرام التصرف فان التصرف ينعقد صحيحا اذا أفرغ فى هذا الشكل ، حتى ولو كان القانون الذى يحكم موضوع التصرف يتطلب الرسمية لانعقاد التصرف[1] •

ولاشك أن هذا الرأى الأخير أكثر استجابة الى مقتضيات التعامل الدولى التى تتطلب خضوع المتعاملين ــ سواء كانوا أطرافا فى العقد أم من الغير الذين يراد الاحتجاج بالعقد فى مواجهتهم ــ لقواعد يسهل عليهم معرفتها ويتوقعون تطبيقها عليهم •

**ثانيا ــ الشكل اللازم لاثبات التصرف :**

٢٧٤ ــ يذهب الرأى السائد فى فقه القانون الدولى الخاص الى أن القانون الذى يحكم الشكل هو الذى يحدد لزوم.أو عدم لزوم شكل معين لاثبات التصرف كما يحدد كذلك قوة الدليل فى الاثبات[2] • وعلى ذلك فاذا كان القانون الذى يحكم موضوع التصرف يتطلب الكتابة بينما لا يتطلبها قانون محل الابرام ، فانه يعتد بقانون محل الابرام ، وكذلك الحال اذا كان القانون الذى يحكم شكل التصرف لا يتطلب الدليل الكتابى فى الاثبات فى حين أن قانون القاضى يتطلبه فانه يجوز اثبات التصرف بغير الدليل الكتابى وفقا للقانون الذى يحكم الشكل[3] •

---

(١) وقد ذهبت الى ذلك ايضا محكمة النقض الفرنسية انظر فى ذلك Batiffol et Lagarde المرجع السابق فقرة ٦٠٠ • وانظر الدكتور منصور مصطفى منصور المرجع السابق ص ١٨٩ •

(٢) انظر الدكتور عز الدين عبد الله المرجع السابق صفحة ٤٩٧ والدكتور كمال فهمى ، المرجع السابق فقرة ٤٢٤ والدكتور منصور مصطفى منصور المرجع السابق ص ١٨١ •

(٣) وقد يحدث العكس بمعنى أن القانون الذى يحكم الشكل يتطلب الدليل الكتابى بينما لا يتطلبه قانون القاضى • ويبدو لنا تمشيا مع اعتبارات التيسير على أطراف العلاقة عدم الزام القاضى بالدليل الكتابى ما دام قانونه لايستلزمه • انظر فى نفس المعنى الدكتور منصور مصطفى منصور صفحة ١٨١ وراجع Batiffol المرجع السابق فقرة ٤٤٤ •

# الفصل الثالث

## الالتزامات غير التعاقدية

## § ١ ـ القاعدة وأساسها التاريخى

٢٧٥ ـ استقر العمل فى غالبية الدول على اخضاع الالتزامات غير التعاقدية لقانون محل وقوع الفعل المنشىء للالتزام •

وترجع نشأة هذا المبدأ الى المدرسة الأيطالية القديمة فى القرن الثالث عشر حيث أخضع فقهاء نظرية الأحوال الفعل الضار لما أسموه « بقانون محل وقوع الجريمة » Lex locit delicti commissi

وقد استقر هذا المبدأ منذ ذاك الحين ، فأخذ به الفقيه دارجنترية فى القرن السادس عشر كما أخذ به فقهاء المدرسة الهولندية فى القرن السابع عشر ، وذلك أعمالا للقاعدة العامة فى فقهم وهى اقليمية القوانين• وقد أخذ الفقيه مانشينى كذلك فى القرن التاسع عشر بمبدأ اخضاع الفعل الضار لقانون محل وقوعه باعتباره استثناء عن نظريته القاضية بمبدأ شخصية القوانين كما أخذ به أيضا الفقيه سافينى تأسيسا على أن مكان وقول الفعل هو الذى يتم فيه تركيز العلاقة الناشئة عن الفعل وذلك فيما عدا الحالة التى يتمسك فيها المدعى بتطبيق قانون القاضى لكونه أكثر حماية لمصالحه[1] •

وبالرغم من استقرار مبدأ خضوع الالتزام غير التعاقدى أو الأفعال لقانون محل وقوعها ، فان أقلية من الفقه الحديث تنادى باخضاعها

---

(١) انظر فى ذلك Batiffol : traité ( الطبعة الرابعة ) صفحة ٦٠٣ وانظر مع ذلك الدكتور عز الدين عبد الله المرجع السابق صفحة ٨٠٥ .

لقانون جنسية المدين • كما ينادى فريق آخر باخضاعها لقانون ارادة الخصوم ، وينادى فريق ثالث باخضاعها لقانون القاضى[1] •

وقد نص المشرع المصرى صراحة فى المادة ٢١/١ من القانون المدنى على أنه « يسرى على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذى وقع فيه الفعل المنشىء للالتزام » • ولم يفرق المشرع فى هذا الصدد بين الأفعال الضارة وبين الأفعال النافعة أى التى يترتب عليها الاثراء •

غير أن المشرع أشرك القانون المصرى بالنسبة للالتزامات الناشئة عن الفعل الضار اذ نص فى الفترة الثانية من المادة ٢١ من القانون المدنى على أنه « فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار لا تسرى أحاكم الفقرة السابقة على الوقائع التى تحدث فى الخارج وتكون مشروعه فى مصر وان كانت تعد غير مشروعة فى البلد الذى وقعت فيه » • وبعبارة أخرى فان وصف الفعل بأنه من الأفعال غير المشروعة يجب أن يتم وفقا لكل من قانون محل وقوع الفعل وقانون القاضى أى القانون المصرى •

**مبررات القاعدة :**

٢٧٦ ـ ويستند الفقه فى تبرير هذه القاعدة الى اعتبارات شتى •

فيرى فريق ان اخضاع الأفعال لقانون محل وقوعها انما هو نتيجة منطقية للصلة الوثيقة التى تربط الأفعال التى تقع باقليم دولة ما بحياة مجتمع هذه الدولة ونظامها • فالفعل الذى يقع فى اقليم الدولة انما ينعكس أثره على مجتمع هذه الدولة ومن ثم فان قانون هذا المجتمع هو أكثر القوانين قدرة على تحديد الأثر الذى يترتب على هذا الفعل بالنسبة لمجتمع هـذه الدولة • كذلك يمتاز قانون الدولة التى وقع فيها الفعل

---

(١) انظر فى عرض هذه الآراء :

Bourel ; Les conflits de lois en matière d'obligations extra-contractuelles.

صفحة ١٨ وما بعدها •

بكونه معروفا من كافة أطراف النزاع ومن ثم فمن الطبيعى أن يحكم سلوكهم •

ويرى الفقيه Niboyet أن تطبيق قانون محل وقـوع الفعل على الأفعال الضارة انما هو نتيجة منطقية للمبدأ الذى يبنى عليه حل تنازع القوانين بشكل عام وهو مبدأ الاقليمية • فهو يرى أن كل فعل يقع على اقليم الدولة يخضع لقانونها تأسيسا على أن هذا القانون هو الذى يجعل من الفعل واقعة قانونية ويرتب عليها آثارا معينة[1] •

ويبرر الفقيه Batiffol تطبيق قانون محل وقوع الفعل بأنه نتيجة منطقية لنظريته فى تنازع القوانين ، وهى النظرية القائمة على فكرة التركيز المكانى للعلاقات ذات الطابع الدولى Localisation فهو يرى أن تركيز العلاقة الناجمة عن الفعل الضار يجب أن يتم بالنظر الى السبب المنشىء للعلاقة ، أى بتحديد المكان الذى وقع فيه الفعل الذى قامت عليه العلاقة • فعنصر الأطراف لا يكفى كأساس لتركيز العلاقة نظرا لأنه ليس بالعنصر الهين على مثل هذا النوع من العلاقات اذ لا يتصل الأشخاص بالعلاقة الا بشكل غير مباشر • كما أن عنصر الموضوع وهو التزام المدين أو مرتكب الفعل قليل الجدوى فى تركيز العلاقة نظرا لعدم أمكان ضبط حدوده من الناحية المكانية[2] •

## § ٢ ـ تحديد المقصود بمحل وقوع الفعل أو بالقانون المحلى

٢٧٧ ـ وقد يدق الأمر بالنسبة لتحديد المقصود بمكان وقوع الفعل اذا تفرقت عناصر الواقعة القانونية ولم تقع جميعها فى نفس الدولة • وقد يتحقق ذلك فى أحد فرضين :

**الفرض الأول :** هو أن تكون الوقائع المكونة للفعل الضار موزعة على عدة دول كما لو كان الفعل الضار حادث نتجت عن أفعال تم ارتكابها

---

(١) انظر فى تفاصيل هذا الرأى : Niboyet, traité الجزء الخامس فقـرة ١٤٢٧ .

(٢) انظر Batiffol et Lagarde المرجع السابق فقرة ٥٥٦ .

فى أكثر من دولة • وحينئذ يثور السؤال عن كيفية تحديد الدولة التى تعتبر محلا لوقوع الفعل •

وقد ذهب واضعى المجموعة الأمريكية المعروفة باسم Restatement[1] الى وجوب الاعتداد فى هذه الحالة بالمكان الذى تحققت فيه آخر واقعة ترتب عليها وقوع الضرر باعتبـــار أن هذه الواقعة تمثل السبب الأكثر صلة بالعلاقة أو بالالتزام من الناحية الزمنية •

غير أن الفقه الفرنسى يرى وجوب الاعتداد فى تحديد محل وقوع الفعل بالمكان الذى تحققت فيه الواقعة الرئيســـية التى ترتب عليها الضرر[2] •

٢٧٨ ـ **الفرض الثانى** : هو أن يقع الخطأ فى دولة ويتحقق الضرر فى دولة اخـــرى • ومثال ذلك القيام بتقليد احدى المنتجات فى دولة لعرضها فى أسواق دولة أخرى • ومن أمثلة ذلك أيضا القيام بالتشهير بشخص فى دولة فيترتب على ذلك الأضرار بسمعته فى دولة أخرى[3] وقد ذهب الفقه والقضاء فى تحديد القانون الواجب التطبيق فى هذه الحالة مذاهب شتى •

فيرى فريق وجوب الأخذ بقانون محل وقوع الخطأ • ذلك أن قواعد هذا القانون تهدف الى وقاية مجتمع الدولة من الأفعال الغير مشروعة التى تقع فى اقليم هذه الدولة • وهذه القواعد تهدف الى منع الأفعال

---

(١) المادة ٣٧٧ من مجموعة Restatement

(٢) L'évènement essentiel انظر فى تفاصيل ذلك Bourel المرجع السابق صفحه ٢٧١ وانظر كذلك مقال الأستاذ :

Weill : Cas épineux de compétence législative en matière de responsabilité délictuelle.

منشور فى Mélanges Maury الجزء الأول صفحة ٥٤٧ .

(٣) ومن الأمثلة التى ثارت أمام القضاء الفرنسى حالة القيام بالاعتداء على فتاة فى البرتغال كان من نتيجة انجابها طفلا فى فرنسا ( انظر استئناف باريس فى ٥٥/١٠/١٨ منشور فى :

(Revue critique, 1955 p. 484.

التى تخل بأمن المجتمع قبل أن تعنى بتحديد التعويض اللازم عن الأضرار الناجمة عن هذا الأفعال[1] •

ويرى فريق ثان وجوب الأخذ بقانون محل تحقق الضرر • وذلك تأسيسا على أن الهدف الرئيسى ليس توقيع الجزاء على المخطىء وانما هو تعويض المضرور وهذا التعويض لا يتحدد بمدى خطورة الخطأ الذى تم ارتكابه وانما يتحدد وفقا لما تحقق من ضرر[2] • كذلك فاننا لو أردنا تركيز العلاقة القانونية من الناحية المكانية فانه يتعين الاعتداد بمكان وقوع الضرر باعتباره المكان الذى ظهرت فيه العناصر المادية للعلاقة الى حيز الوجود[3] والذى تحقق فيه الاخلال بالتوازن بين المصالح التى يهدف القانون الى حمايتها[4] • ويميل الفقه والقضاء بفرنسا الى الأخذ بهذا الرأى[5] كما أخذت به أحكام بعض المحاكم الألمانية[6] •

ويرى فريق ثالث وجوب اعطاء الشخص الذى أصابه الضرر الخيار بين قانون محل وقوع الخطأ وقانون المكان الذى تحقق فيه الضرر[7] •

كذلك ذهب البعض الى وجوب التفرقة بين المسؤلية القائمة على الخطأ والمسئولية بدون خطأ • ويتعين بالنسبة للحالة الأولى الاعتداد بالمكان

---

(١) انظر Bartin : principes الجزء الثانى صفحة ٤١٧

(٢) وقد اخذت بهذا الراى المحاكم الأمريكية فى بعض احكامها ( منشورة فى Revue critique 1956, p. 466. مع تعليق الأستاذ لوسوران ) •

(٣) راجع Batiffol, Traité صفحة ٦٠٨ •

(٤) انظر Batiffol : Aspects philosophiques صفحة ٢٣٩ •

(٥) انظر حكم محكمة استئناف باريس الصادر فى ١٩٦١/٦/١٢ Dalloz 1961-2-464 وحكمها الصادر فى ١٩٥٥/١٠/١٨ السابق الاشارة اليه وانظر كذلك حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر فى ١٩٣٧/٢/٨ Dalloz 1939-1-76 1940 وحكمها الصادر فى ١٩٣٩/١٢/٦ Dalloz Hebdomadaire 1940

(٦) انظر حكم محكمة الرايخ الصادر فى ١٩٢٩/١١/١٤ (Clunet 1929 p. 245) وحكمها الصادر فى ١٩٠٠/٥/٢ (Clunet 1902 p. 812)

(٧) Cumul electif وقد ذهب الى هذا الراى بعض الفقه الالمانى Lewald : Répertoire de droit international T. X تحت obligation en droit int. Pr. allemand No. 59

الذى وقع فيه الخطأ • أما بالنسبة للمسئولية بدون خطأ فيجب الاعتداد بمكان تحقق الضرر[1] •

٢٧٩ ـ. ولم يقطع المشرع المصرى فى المادة ٢١ السالفة الذكر برأى دون آخر من هذه المشكلة اذ نص على الاعتداد بقانون « البلد الذى وقع فيه الفعل المنشىء للالتزام » • ومن المعلوم أن الالتزام لا ينشأ الا بتوافر عنصرى الخطأ والضرر ورابطه السببية بينهما •

ويرى فريق من الفقه المصرى[2] وجوب الاعتداد بمكان وقوع الخطأ ذلك أنه « مهما قيل من أن عناصر المسئولية لا تتكامل الا بوقوع الضرر ، فمما لاشك فيه أن الخطأ هو العماد الرئيسى الذى تقوم عليه المسئولية وما الضرر الا نتيجة له » • وعلى ذلك فان قانون محل وقوع الخطأ هو الذى يتحدد به القانون الواجب التطبيق بالنسبة لمسئولية الشخص عن عمله أو عمل الغير أو فعل الحيوان أو عن الأشياء •

ويميل فريق آخر من الفقه المصرى ونحن معــه الى ترجيح قــانون مكان تحقق الضرر • ذلك أنه « بالنظر الى الهدف من نظام المسئولية نجد أن هذا النظام لا يهدف الى توقيع الجزاء على الخطأ بل الى تعويض المضرور وهو ما يرجح الاعتداد بقانون محل وقوع الضرر • ففى هذا المكان تحقق الاخلال بالمصالح التى يرمى القانون الى حمايتها»[3] • هذا فضلا عن أن « المسئولية لا تنشأ الا عند ترتيب الضرر وان كان من اللازم أن يتسبب هذا الضرر عن خطأ ، ولا يكفى الخطأ فى ذاته لوصف الفعل بأنه منشىء للالتزام » ويؤكد هذا المعنى « ذلك التزايد المســتمر

---

(١) وقد يدق الأمر احيانا بالنسبة لتحديد ما اذا كنا بصدد مسئوليةتعاقدية أم مسئولية ناتجة عن الفعل الضار تخضع لقانون محل وقوع الفعل ويتعين الرجوع حينئذ لقاضي القاضى باعتبار المسألة تتعلق بالتكييف .

(٢) الدكتور عز الدين عبد الله المرجع السابق صفحة ٥١٤ وما بعدها. وقرب الدكتور جابر جاد عبد الرحمن المرجع السابق صفحة ٤٧٤ وهو يشير الى ان الاخذ بقانون محل وقوع الضرر سوف يؤدى الى نتائج غير مقبولة فيما لو كانت الجريمة المدنية مصاحبة لجريمة جنائية ، اذ من المعلوم أن العبرة فى تحديد محل ارتكاب هــذه الأخيرة دائما هو بمحل ارتكاب الفعل المعاقب عليه ولا اهمية لمحل الضرر .

(٣) انظر الدكتور منصور مصطفىمنصور المرجع السابق صفحة٣٢٨.

(٤) انظر الدكتور كمال فهمى المرجع السابق فقرة ٤٢٨ .

لصور المسئولية التى قد يضعف اقامتها على فكرة الخطأ وفقا لمفهومها التقليدى مثل المسئولية عن فعل الغير وعن الأشياء • ففى هذه الصور يعتبر الضرر لاشك هو العنصر الجوهرى فى المسئولية »[1] •

٢٨٠ -- ويضيف فريق من الفقه الحديث أنه لا يجوز فهم المقصود بالقانون المحلى على أنه قانون المكان الذى وقع فيه الفعل المنشىء للالتزام ، وانما على أساس أنه القانون الذى يحكم البيئة الاجتماعية أو الوسط الاجتماعى Bourel الذى حدثت فيه الواقعة القانونية التى ترتب عليها الالتزام غير التعاقدى[٢] • ويضربون لذلك مثلا مقتضاه أنه « لو افترضنا أن احدى المدارس الأمريكية قد أقامت معسكرا صيفيا للطلبة فى مكان ناء بكندا بعيدا عن العمران ، ثم حدث أن أصيب أحد الطلبة بناء على فعل غير مشروع ارتكبه طالب آخر أو أحد منظمى المعسكر • لا شك أن تطبيق القانون الكندى بوصفه القانون المحلى على دعوى المسئولية فى هذا الفرض يخلو من أى معنى • فمرتكب الفعل والمضرور والمشرفين على المعسكر جميعهم يتمتعون بالجنسية الأمريكية ويتوطنون بالولايات المتحدة ، ومن ثم يبدو وقوع الفعل المنشىء للالتزام فى الاقليم الكندى كمجرد ظرف عارض لا يصلح معيارا سليما للاسناد »[٢] •

٢٨١ -- كذلك قد يحدث فى مجال الاثراء بلا سبب أن يختلف مكان الاثراء عن مكان الافتقار • ويرجح الفقه وجوب الاعتداد بالمكان الذى تحقق فيه الاثراء • ذلك أن الاثراء هو النتيجة الايجابية وهو بهذه المثابة أكثر ظهورا الى العالم الخارجى من الافتقار • هذا فضلا عن أن الاثراء هو الأساس القانونى للالتزام فى هذا الفرض •

٢٨٢ -- والفرض الثالث : هو الذى يقع فيه الفعل فى اقليم لا يخضع للسيادة الاقليمية لدولة معينة كما لو وقع على ظهر سفينة فى عرض

---

(١) انظر الدكتور هشام صادق المرجع السابق صفحة ٧٧١ .

(٢) انظر الدكتور هشام صادق : تنازع القوانين فى مسائل المسئولية التقصيريه ( دروس لطلبة الدكتوراه بكلية حقوق عين شمس ) .
وانظر كذلك Bourel المرجع السابق صفحة ٥٤ .

(٣) انظر الدكتور هشام صادق المرجع السابق فقرة ١٨ .

البحر أو وقع فى شكل تصادم بين سفينتين فى عرض البحر أو بين طائرتين فى الفضاء الجوى الذى يعلو أعالى البحار[1] .

فبالنسبة للمسئولية الناجمة عن تصادم السفن فى عرض البحر ذهب فريق الى ترجيح قانون السفينة التى وقع منها الخطأ تأسيسا على أن هذه السفينة هى التى تشكل مكان وقوع الفعل غير المشروع . وذهب فريق آخر الى وجوب تطبيق قانون السفينة التى لحقها الضرر باعتبار أن هذه السفينة تشكل مكان تحقق الضرر ويؤيد البعض الرأى الأول تأسيسا على أن تطبيق قانون السفينة التى ارتكبت الخطأ يتيح لمالك السفينة فرصة العلم مقدما بحدود مسئوليته ، فى حين أن اخضاعه لقانون السفينة التى لحقها الضرر يفرض عليه التزامات لا يتسنى له العلم بها مسبقا ، وذلك فى حين يؤيد البعض الرأى الثانى تأسيسا على أن « أحكام المسئولية التقصيرية — فى نطاق القانون المدنى — تهدف بدورها الى غاية أساسية هى تعويض المضرور » ، وأن « أحكام المسئولية ترمى الى حماية المضرور »[2] .

وقد ذهب فريق ثالث الى أن للمضرور أن يختار أى من القانونين[3] ، بينما يرى فريق رابع وجوب سريان القانونين معا : قانون السفينة التى ارتكبت الخطأ وقانون السفينة التى لحق بها الضرر . بحيث يتعين توافر شروط المسئولية وفقا لكل من القانونين[4] .

وذهب رأى أخير الى وجوب تطبيق قانون القاضى على المسئولية فى هذه الحالة تأسيسا على رفع النزاع أمام محكمة معينة يستفاد منه الرضاء الضمنى بتطبيق قانون هذه المحكمة . بل ان مؤدى التصادم فى رأيهم « أن ينشأ نوع من العقد أو شبه العقد القضائى بين الطرفين يلتزم المدعى

---

(١) أما التصادم الذى يقع فى المياه الاقليمية أو فى الفضاء الجوى للدولة فلا يثير اشكالا اذ تخضع المسئولية لقانون الدولة التى وقع التصادم فى مياهها الاقليمية أو فى فضائها الجوى .

(٢) انظر الدكتور هشام صادق : تنازع القوانين ص ٧٨٠ .

(٣) انظر فى ذلك مقال الأستاذ Pillet منشورا فى Clunet سنة ١٨٩٥ ص ٥١٣ .

(٤) انظر Bourel المرجع السابق وانظر الدكتور منصور مصطفى منصور المرجع السابق ص ٣٢٩ .

عليه بمقتضاه بقبول اختصاص المحكمة التى يرفع أمامها الدعوى ، كما يلتزم بقبول تطبيق قانون الدولة التى تتبعها هذه المحكمة » •

وتتجه غالبية الفقه الى الأخذ بقانون القاضى ، وحجتهم فى ذلك أن هذه القانون هو صاحب الاختصاص الطبيعى فى الأحوال التى يتعذر فيها اعمال ضابط الاسناد[1] • ولا يستثنى من ذلك سوى الحالة التى يكون التصادم فيها واقعا بين سفينتين فى عرض البحر أو بين طائرتين فى الفضاء الجوى العام وينتمى فيها كل من السفينتين أو الطائرتين الى دولة واحدة ان قانون هذه الدولة يكون فى هذه الحالة أكثر القوانين ملاءمــة لحكم المسئولية المترتبة على التصادم •

٢٨٣ ــ أما الحوادث التى تقع على ظهر السفينة فى عرض البحر أو على الطائرة فى الفضاء غير التابع لاقليم دولة ما ، فيسرى عليه وفقا للرأى الغالب قانون العلم ، وذلك أخذا بالفكرة التقليدية التى تقضى باعتبار السفينة أو الطائرة جزءا من اقليم الدولة التى ترفع علمها •

أما لو وقع الحادث على ظهر سفينة فى المياه الاقليمية لدولة معينة أو على طائرة أثناء مرورها بالفضاء الجوى لدولة من الدول فان الفقه الغالب يتجه الى تطبيق قانون الدولة صاحبة الاقليم بوصفه القانون المحلى • ويفضل فريق من الفقه الحديث تطبيق قانون العــلم فى هذه الحالة كذلك نظرا لصعوبة تحديد ما اذا كانت الواقعة المنشئة للالتزام قد وقعت فعلا فى المياه الاقليمية أو فى البحر العام أو وقعت فى الفضاء الجوى للدولة أو خارجه • هذا فضلا عن أن قانون العلم « هو القانون الذى يعلمه كل من الركاب والطاقم والربان أو قائد الطائرة ، أو هو على الأقل القانون الذى يعلموه أكثر من علمهم بقوانين الدول المختلفة التى تمر بها كل من السفينة والطائرة بصفة عابرة » •

---

(١) الدكتور هشام صادق المرجع السابق ص ٨٧٢ وانظر كذلك Bourel المرجع السابق ص ٩٧ •

(٢) انظــر رســالة J. Donnedieu de Vabres
وانظر الدكتور عز الدين عبد الله المرجع السابق ص ٥٠٨ والدكتور منصور مصطفى منصور ص ٣٢٩ •

٢٨٤ — يحكم قانون محل وقوع الفعل أركان المسئولية كما يحكم آثار هذه المسئولية .

ففيما يتعلق بأركان المسئولية يحدد قانون محل وقوع الفعل ركن الخطأ . فهو يبين ما اذا كان الفعل يعد غير مشروع أم أنه ارتكب فى ظروف ترفع عنه وصف الخطأ كما لو كان قد ارتكب فى حالة دفاع شرعى مثلا . كذلك يبين قانون محل وقوع الفعل مدى امكان قيام المسئولية دون اشتراط وجود خطأ والحالات التى يتحقق فيها هذا النوع من المسئولية.

كذلك يذهب الرأى الغالب الى الأخذ بقانون محل وقوع الفعل لتحديد مدى اشتراط الادراك فى مرتكب الفعل حتى يتسنى مساءلته .

وقد كانت المادة ٤٩ من المشروع وهى أصل الفقرة الأولى من المادة ٢١ تتضمن فقرة ثانية تنص على أنه « وهذا القانون هو الذى يفصل فيما اذا كان الشخص ناقص الأهلية مسئولا عما أحدثه من ضرر » ، فقانون محل وقوع الفعل هو الذى يحدد امكان مساءلة الشخص اذا كان عديم الادراك[1] .

كذلك يبين قانون محل وقوع الفعل حالات وشروط المسئولية عن فعل الغير أو عن الحيوان أو الأشياء كمسئولية من تجب عليه الرقابة أو الحراسة[2] . فيحدد من هو الحارس أو متولى الرقابة كما يبين ما اذا كانت المسئولية تقوم على قرينة الخطأ ، ويبين مدى امكان نفى هذه القرينة واثبات عكسها ، أى يبين الحالات التى يجوز فيها لمن تولى الرقابة أو الحراسة أن ينفى الخطأ المفترض فيه .

---

(١) ويعبر احيانا عن هذه الشروط بأهلية المساءلة Capacité délictuelle وقد ذهبت أقلية من الفقه الى وجوب اخضاع شرط الادراك واهلية المساءلة لقانون الجنسية اسوة فى ذلك بأهلية الأداء العامة السابق الكلام عنها .
انظر تفاصيل ذلك Batiffol, traité رقم ٥٦٣ وقارن Bourel المرجع السابق ص ٢١٠ .

(٢) والمقصود بمحل وقوع الفعل هنا مكان ارتكاب الفعل المادى وليس المكان الذى يوجد فيه الحارس الذى يفترض فيه التقصير .

كذلك يحدد قانون محل وقوع الفعل ركن الضرر • فيبين الأضرار التى يتعين التعويض عنها • كمعرفة ما اذا كان يتعين الاعتداد بالضرر المادى فقط أم يجب الاعتـــداد كذلك بالضرر الأدبى • كذلك يتعين الرجوع الى قانون محل وقوع الفعل لتحديد رابطة السببية بين الخطأ والضرر • فهذا القانون هو الذى يبين ما اذا كان يجب الاعتداد بالأسباب المباشرة فقط أم أنه يجوز الأخذ كذلك بالأسباب الغير مباشرة ، كما يبين أسباب دفع المسئولية •

وفيما يتعلق بتحديد آثار المسئولية يتعين كذلك الرجوع الى قانون محل وقوع الفعل • فهذا القانون هو الذى يبين جزاء المسئولية ، أى التعويض ، وكيفية تقديره فيبين ما اذا كان يتعين التعويض عن الاضرار المادية فقط أم أنه يجب تعويض الضرر الأدبى كذلك ، وما اذا كان يتعين تعويض الاضرار المباشرة فقط أم أنه يجب تعويض الضرر الغير مباشر كذلك • ويبين هذا القانون كذلك طريقة أداء التعويض وما اذا كان يجب أن يتم عينا أم نقدا أو أن يتم مرة واحدة على أقساط[1] •

يتكفل قانون محل وقوع الفعل كذلك ببيان حكم تعدد المســئولين ومدى مسئولية كل منهم ، كما يبين نوع المسئولية وما اذا كانت تضامنية أم غير تضامنية •

كذلك يتعين الرجوع الى قانون محل وقوع الفعل لتحديد الأشـــخاص الذين يحق لهم المطالبة • فاذا نتج عن الفعل الضار وفاة المضرور مثلا فان قانون محل وقوع الفعل هو الذى يبين من هم الأقارب الذين يحق لهم المطالبة بالتعويض ، والى أى درجة من القرابة يجـــوز المطالبـــة بالتعويض فهو يحدد مثلا ما اذا كانت المصاهرة تكفى للمطالبة بالتعويض وما اذا كانت الخطبة كافية لامكان هذه المطالبة[2] •

---

(١) انظر فى ذلك الدكتور عز الدين عبد الله المرجع السابق ص ٥٢٤.

(٢) ويذهب بعض الفقه الى وجوب اشراك قانون القاضى فى تحديد قيمة التعويض ، وذلك حماية للمضرور فاذا كان قانون محل وقوع الفعل يقـــرر تعويضا أيضا اقل مما يقضى به قانون القاضى تعين الأخذ بالتعويض المقرر فى قانون القاضى انظر Bourel المرجع السابق ص ٢٥٦ .

ويذهب فريق من الفقه الى عكس ذلك ، اذ يرى عـــدم جواز المطالبة بتعويض اكبر من التعويض الذى يقضى به قانون القاضى تأسيسا على ان=

كذلك يختص القانون المحلى بحكم أركان الاثراء بلا سبب وآثارة • فهو الذى يبين معنى الأثراء ومعنى الافتقار ومعنى انعدام السبب • كذلك يرجع الى القانون المحلى لبيان احكام الأثراء وخاصة مقدار التعويض : هل هو قيمة الاثراء أم قيمة الأفتقار أم أقل القيمتين • كذلك يبين القانون المحلى شروط رد ما دفع بغير حق وما يجب رده • كما يبين أركان الفضالة والتزامات كل من الفضولى ورب العمل ونطاق كل منها وأحكامه •

وقد يستبعد القاضى القانون المحلى الواجب التطبيق اذا تبين مخالفته للنظام العام • من ذلك ما حكمت به محكم النقض المصرية باستبعاد القانون الايرانى الواجب التطبيق بوصفه قانون محل وقوع الفعل المنشىء للالتزام نظرا لأن أحكامه لا تجيز مساءلة الأشخاص الاعتبارية عما يسند اليها من أعمال غير مشروعة لتعلق هذه المسألة « بالأصول العامة التى يقوم عليها النظام الاجتماعى والاقتصادى فى مصر ولكونها بالتالى من المسائل المتعلقة بالنظام العام »[1] • كذلك حكمت محكمة النقض المصرية باستبعاد القانون المحلى اذا كان لا يعرف القاعدة المقررة لمسئولية المتبوع عن أعمال التابع غير المشروعة « اذ يهدف المشرع فى تقرير مسئولية المتبوع عن أعمال التابع الغير مشروعة الى سلامة العلاقات فى المجتمع مما يعد من الأصول العامة التى يقوم عليها النظام الاجتماعى والاقتصادى فى مصر »[2]•

= تقدير التعويض مسألة تتعلق بالنظام العام وقد كانت المادة ٥٠ من مشروع القانون المدنى المصرى تنص على ذلك ولكنها الغيت . وقد اخذ المشرع الالمانى بهذا القيد مع قصره على الحالات التى يكون المطالب بالتعويض المانى الجنسية وذلك حماية لرعايا الدولة ، فنص على عدم جواز الحكم بتعويض يفوق ما يقرره القانون الالمانى اذا كان مرتكب الفعل المانى الجنسية .

(١)حكم محكمة النقض الصادر فى ٢٥ يونيو ١٩٦٤ منشور بمجموعة النقض السنة ١٥ العدد الثانى ص ٨٦٨ .

(٢) حكم محكمة النقض الصادر فى ٧ نوفمبر ١٩٦٧ مجموعة النقض السنة ١٨ العدد الرابع ص ١٦١٤ .

# القســم الثــالث

## فى

## تنازع الاختصاص القضائى الدولى

## فصــل تمهيدى

## موضوعات تنازع الاختصاص القضائى الدولى

٢٨٥ ـــ لا جدوى من أن يقرر المشرع للفرد حقا اذا لم يكفل له حماية هذا الحق عند الاقتضاء • فالاعتراف للفرد بحق معين يستتبع وجوب السماح لصاحبه بالدفاع عنه والاحتجاج به أمام القضاء •

والمحاكم الداخلية لكل دولة هى التى تتكفل بحل كافة المنازعات التى تقوم بين الافراد سواء أكانت هذه المنازعات وطنية بحتة أم كانت مشتملة على عنصر أجنبى • فلا توجد حتى الآن هيئة قضائية دولية تتكفل بفض المنازعات الداخلية فى نطاق القانون الدولى الخاص •

وقواعد تنازع الاختصاص القضائى الدولى هى التى تنظم كيفية فض المنازعات المشتملة على عنصر أجنبى ، فاذا ما طرحت منازعة مشتملة على عنصر أجنبى أمام القضاء فانه يتعين على القاضى المرفوع اليه النزاع البحث عما اذا كانت هــذه المنازعة تدخل ضمن ولاية محاكم دولته بوجه عام أم لا • وهو فى ذلك يستعين بقواعد تنازع الاختصاص القضائى الدولى فى قانون دولته والتى تحدد الحالات التى تختص فيها محاكم الدولة بنظر المنازعات المشتملة على عنصر أجنبى •

فاذا ما تقرر اختصاص المحاكم الوطنية بنظر المنازعة المشتملة على عنصر أجنبى وفقا للقواعد السالفة الذكر فانه يثور التساؤل حينئذ حول القانون الواجب التطبيق على اجراءات الدعوى من بدايتها حتى تمام الفصل فيهــا •

وقواعد الاختصاص القضائى الدولى هى التى تتكفل بتحديد القانون الواجب التطبيق على اجراءات المنازعة الدولية على النحو الذى سنبينه فيمــا بعــد •

أما اذا لجأ المدعى الى محاكم دولة أجنبية وحصل على حكم مقرر

لحقه وأراد الاحتجاج بهذا الحكم أمام المحاكم الوطنية أو تنفيذه فهنا يثور السؤال عن مدى امكان تنفيذ الحكم الاجنبى ومدى الحجية التى يتمتع بها أمام المحاكم الوطنية ، وقواعد تنازع الاختصاص القضائى هى التى تحدد لنا الآثار التى يمكن أن تترتب على الحكم الاجنبى والشروط اللازم توافرها لكى ينتج هذه الآثار .

من ذلك يتضح أن دراسة تنازع الاختصاص القضائى الدولى تتطلب معالجة ثلاث موضوعات أساسية :

الموضوع الاول : تحديد قواعد الاختصاص القضائى الدولى للمحاكم الوطنية .

الموضوع الثانى : تحديد القانون الذى يحكم الاجراءات المتبعة فى نظر المنازعة ذات الطابع الدولى .

الموضوع الثالث : تحديد الآثار التى تترتب على الأحكام الاجنبية داخل الاقليم الوطنى والشروط الواجب توافرها لانتاج هذه الآثار .

**خصائص قواعد تنازع الاختصاص القضائى الدولى :**

٢٨٦ — والمشكلة التى يثيرها تنازع الاختصاص القضائى تتميز فى الواقع بنفس الطابع الذى تحمله مشكلة تنازع القوانين . ففى كلتا الحالتين نجد أنفسنا ازاء ظاهرة تزاحم . ولكن بينما يقع التزاحم فى الحالة الاولى بين محاكم عدة دول نجد التزاحم فى الحالة الثانية يقع بين قوانين دول مختلفة .

وبالرغم من اتحاد المشكلتين فى الطابع فان القواعد التى وضعت لفض كل منهما تختلف تمام الاختلاف عن الاخرى من حيث طبيعتها[1] .

---

(١) انظر ص ١٩ وما بعدها من هذا المؤلف .

فمشكلة تنازع القوانين يتم فضها كما رأينا عن طريق قواعد اسناد تشير فقط الى القانون الواجب التطبيق على النزاع ولا تعنى ببيان حكم القانون مباشرة فى موضوع النزاع ، أما مشكلة تنازع الاختصاص فيتم فضها عن طريق قواعد موضوعية لا عن طريق قواعد اسناد ، بمعنى أن قواعد تنازع الاختصاص القضائى لا تقتصر على الاشارة الى القانون الذى يحدد المحكمة المختصة بل تتكفل مباشرة بتحديد الحالات التى يختص فيها القضاء الوطنى بفض النزاع •

كذلك تختلف قواعد تنازع القوانين عن قواعد تنازع الاختصاص القضائى من حيث أن الاولى هى عادة قواعد مزدوجة بينما الثانية تكون عادة مفردة الجانب • فقواعد تنازع القوانين لا تقتصر فى غالبية التشريعات الحديثة على تحديد مجال تطبيق القانون الوطنى بل تتكفل أيضا ببيان حالات تطبيق القانون الاجنبى • أما قواعد تنازع الاختصاص القضائى فهى تقتصر على تحديد اختصاص المحاكم الوطنية ولا تتكفل بتحديد اختصاص محاكم الدول الاجنبية • فالقاضى لا يخضع فى رسم حدود اختصاصه الا لامر مشرعه • فاذا نص المشرع الوطنى على قواعد تحدد اختصاص محاكم الدول الاجنبية كانت هذه القواعد عديمة القيمة لان قضاة هذه الدول لن ينصاعوا فى تحديد ولاية محاكمهم الا للقواعد التى ينص عليها مشرعهم الوطنى •

٢٨٧ — ومما هو جدير بالذكر أن مشكلة تنازع الاختصاص القضائى قد سبقت فى ظهورها مشكلة تنازع القوانين ، فقد ثبت أن أول مشكلة من مشاكل القانون الدولى الخاص التى عرضت أمام محاكم الدول المختلفة كانت متعلقة بتنازع الاختصاص القضائى •

وهذا أمر ميسور الفهم فمشكلة تنازع القوانين لا تقوم الا بعد وصول الفكر القانونى الى درجة من التطور تسمح بتطبيق قوانين أخرى غير القانون الوطنى على المنازعات المطروحة أمام محاكم الدولة • أما مشكلة تنازع الاختصاص القضائى فهى تثور من الناحية العملية كمسألة أولية يجب على القاضى البت فيها بمجرد رفع النزاع اليه •

غير أنه بالرغم من سبق ظهور مشكلة تنازع الاختصاص القضائى على مشكلة تنازع القوانين فانها لم تلق من الفقه نفس العنـــاية التى لقيتها مشكلة تنازع القوانين • اذ بينما يسعى الفقه منذ قرون عديدة الى وضع حلول ونظريات لتنازع القوانين فانه لم يول مشكلة تنازع الاختصاص القضائى نفس القدر من العناية • وقد أدى ذلك الى عدم وجود أية نظرية واضحة المعالم فى مجال تنازع الاختصاص القضـــائى الدولى •

وقد بدأ الفقه فى الآونة الاخيرة فى تأصيل الاتجاهات المتعددة التى استقر عليها التشريع والقضاء فى مختلف الدول لاستخلاص نظرية عامة فى هذا المجال •

# الباب الأول

## الاختصاص القضائى الدولى

**مقدمة :**

٢٨٨ — تنقسم قواعد الاختصاص القضائى الى قسمين :

قواعد اختصاص داخلى •

وقواعد اختصاص دولى •

فقواعد الاختصاص الداخلى هى التى تحدد اختصاص كل محكمة من محاكم الدولة ازاء غيرها من محاكم نفس الدولة • وهذا النوع من الاختصاص هو الذى تنظمه قواعد الاختصاص القضائى التى تعد جزءا من قانون المرافعات الداخلى •

أما قواعد الاختصاص الدولى فهى التى تحدد نصيب محاكم الدولة من ولاية القضاء ازاء غيرها من محاكم الدول الاخرى • وهذا النوع من الاختصاص هو الذى تنظمه قواعد الاختصاص القضائى الدولى والتى يطلق عليها فى الفقه الحديث قواعد المرافعات الدولية (١) • وهذه القواعد الاخيرة هى محل دراستنا •

**الاهمية العملية لقواعد الاختصاص القضائى الدولى :**

٢٨٩ — تعتبر قواعد الاختصاص القضائى الدولى من الناحية العملية من أهم قواعد القانون الدولى الخاص • ذلك أن تعيين المحكمة المختصة هو فى الواقع الذى يحدد الحل النهائى للنزاع ، فتحديد القانون

---

(١) واول من قال بهذه التسمية هو الفقه الالمانى . انظر بصفة خاصة مؤلف الفقيه الالمانى :
Riezler : Internationales Zivilprozessrecht.

الواجب التطبيق على النزاع يتوقف على ما تقضى به قواعد التكييف وقواعد الاسناد فى دولة القاضى المطروح عليه النزاع • وهذه القواعد تختلف من دولة الى أخرى • فقد يكيف قاضى دولة ما مسألة معينة على أنها متعلقة بالشكل ، بينما يكيف قاضى دولة أخرى نفس المسألة على أنها من مسائل الاهلية ، مما يترتب عليه اختلاف قاعدة الاسناد واختلاف الحكم النهائى فى النزاع • وقد تختلف قاعدة الاسناد فى مسألة معينة من دولة الى أخرى • فهناك من الدول كجمهورية مصر العربية ما يخضع مسائل الاحوال الشخصية لقانون الجنسية بينما يخضعها البعض الآخر كانجلترا لقانون الموطن • فلو فرضنا أن ايطاليا رفع دعوى أمام المحاكم المصرية طالبا التطليق من زوجته ، فان القاضى المصرى يطبق قاعدة الاسناد المصرية وهى تقضى بتطبيق قانون جنسية الزوج أى القانون الايطالى • ولما كان هذا القانون الاخير لا يسمح بالتطليق الا فى أضيق الحدود فان القاضى المصرى قد يرفض دعوى التطليق • فى حين أنه لو رفع هذا الايطالى دعوى التطليق أمام المحاكم الانجليزية فان هذه الاخيرة ستطبق قواعد الاسناد الانجليزية وهى تقضى بتطبيق قانون الموطن فى مسائل التطليق • فلو فرض وكان هذا الايطالى متوطنا فى دولة يبيح قانونها التطليق فان القاضى الانجليزى يمكنه حينئذ الحكم بالتطليق •

من ذلك نتبين مدى تأثير تحديد المحكمة المختصة فى تعيين القانون الواجب التطبيق وبالتالى فى الحل النهائى للنزاع •

### عدم التلازم بين الاختصاص القضائى والاختصاص التشريعى :

**٢٩٠ —** بيد أنه اذا كان تحديد القانون الواجب التطبيق أى تعيين الاختصاص التشريعى يتأثر بتحديد الاختصاص القضائى على النحو الذى رأيناه فان ذلك لا يعنى البتة وجود تلازم بين المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق على النزاع •

فتحديد المحكمة المختصة لا يستتبع حتمـا تطبيق قانون المحكمة على موضوع النزاع • فالقاضى المطروح عليه النزاع يلجأ الى قواعد

الاسناد فى قانونه لتعيين القانون الواجب التطبيق وهذه القواعد قد تشير الى تطبيق قانون دولة غير دولة القاضى • واذا حدث وأشارت قاعدة الاسناد الى تطبيق قانون القاضى فان مثل هذا التلازم يكون مجرد نتيجة عرضية لتطبيق قواعد الاسناد فى قانون القاضى • والواقع أن عدم التلازم بين الاختصاص القضائى والاختصــاص التشريعى شرط أساسى لقيام ظاهرة تنازع القوانين ، اذ لو طبقت المحكمة المختصة بنظر النزاع قانونها مباشرة على موضوع النزاع لما نشأت ظاهرة تنــازع القوانين •

# الفصل الأول

## حرية الدولة فى تحديد الاختصاص الدولى لمحاكمها والقيــود الواردة عليهـا

٢٩١ ــ لما كان القضاء تعبيرا عن سيادة الدولة فانه من الطبيعى أن تنفرد كل دولة برسم حدود ولاية محاكمها بتشريعاتها الداخلية •

فمشرع كل دولة هو وحده الذى يتكفل ببيان الحالات التى تختص فيها محاكم دولته بنظر المنازعات ذات الطابع الدولى ، أى تحديد نصيب المحاكم الوطنية من ولاية القضاء ازاء محاكم الدول الاجنبية ولا يجوز لاى سلطة أو هيئة دولية التدخل فى هذا التحديد •

بيد أن وجود الدولة فى الجماعة الدولية يملى عليها فى هذا المجال ــ وعلى غرار ما لمسناه فى مجال الجنسية وتنازع القوانين ــ قيودا فرض بعضها العرف الدولى وفرض بعضهـا الآخـر ضرورة التعايش المشترك بين الدول على ما سنبين فيما يلى :

## المبحث الاول

### ضرورة وجود رابطة بين النزاع والدولة

٢٩٢ ــ ان وجود الدولة فى الجماعة الدولية يفرض عليها السعى الى تحقيق التناسق بين نظامها القانونى وبين النظم القانونية الاخرى التى تستحيل بدونه الحيــاة القــانونية المشتركة فى المجتمع الدولى للافراد (١) •

---

(١) انظر فى تأصيل هذه الفكرة الرئيسية فى القانون الدولى الخاص مؤلف الفقيه :
Batiffol : Aspects philisophiques du droit international privé
=

ولما كانت الدولة تحرص على أن تكون للاحكام الصادرة من محاكمها قدرا أساسيا من الاحترام والنفاذ لدى الدول الاخرى فانه يتعين عليها الالتزام بالمعطيات الاساسية التى تقوم عليها الحياة المشتركة فى الجماعة الدوليـــة •

وأولى هذه المعطيات فى مجال الاختصاص القضـــائى هى مراعاة الدولة لحقوق الدول الاخرى المماثلة فى تحديد ولاية محاكمها وعـــدم سلبها هذه الولاية • ذلك أن اعتداء الدولة على مجال الاختصاص القضائى لمحاكم الدول الاخرى واهدارها حقوق الدول الاخرى المماثلة من شأنه رفض الجماعة الدولية للاحكام الصادرة من محاكم هذه الدولة بحيث تكون هذه الاحكام عديمة القيمة خارج حدود الدولة التى صدرت من محاكمهـــا •

ولما كانت حياة المجتمع الدولى للافراد تتطلب فى غالب الاحيان امكان الاحتجاج بالاحكام الصادرة من محاكم الدولة وانتاجها لآثارها خارج حدود هذه الدولة فانه يتعين على المشرع الوطنى أن يبنى الاختصاص الدولى لمحاكم الدولة على أسس تكفل للاحكام الصادرة منها حدا أدنى من الفاعلية •

**٢٩٣ — وقد ذهب فريق من الفقه الى التعبير عن هذه الفاعلية بما أسموه مبدأ قوة النفـــاذ principle of effectiveness . وقد أعطى هذا الفريق من الفقه المبدأ المذكور تفسيرا ماديا ضيقا مقتضاه ضرورة قيام اختصاص محاكم الدولة بنظر النزاع على سلطتها الفعلية فى كفالة آثار الحكم الذى يصدر منها بشأن هذا النزاع (١) • وبعبارة أخرى**

---

وانظر كذلك محاضراته بأكاديمية القانون الدولى بلاهاى ١٩٦٧ الجزء الاول صفحة ١٦٤ وما بعدها •

(١) انظر بصفة خاصة الفقيه الانجليزى Cheshire

يجب أن يقوم اختصاص محاكم الدولة على ما سيكون للحكم الصادر منها من قيمة تنفيذية فعلية •

بيد أن بناء الاختصاص الدولى لقضاء الدولة على ما للدولة من سلطة فعلية لالزام المدعى عليه بالحكم وتنفيذه عليه جبرا عند الاقتضاء يتنافى بشكل واضح مع مقتضيات المعاملات الدولية •

واذا كان من المستقر أن ظاهرة الحدود لم تعد عقبة فى سبيل ازدهار المعاملات الدولية التي تتم عبر الحدود فى سبيل تطبيق القاضى لقانون دولة أخرى فان هذه الظاهرة لا يمكن أن تشكل قيدا على اختصاص محاكم الدولة بالمنازعات ذات الطابع الدولى بحيث لا يختص القاضى الوطنى بنظر المنازعات ذات الطابع الدولى الا اذا كان يملك الزام المدعى عليه بالحكم وكفالة آثاره خارج حدود دولته • هذا فضلا عن أن القاضى قد لا يستطيع أن يحدد مقدما ما اذا كان الحكم الذى سيصدر سيتم تنفيذه داخل حدود دولته وما اذا كان هناك مجال للقيام بهذا التنفيذ فى المستقبل • ومن ثم فان الاخذ بهذا المعيار المادى الضيق قد يؤدى الى امتناع القاضى الوطنى عن النظر فى الكثير من المنازعات ذات الطابع الدولى مما قد يؤدى الى تعطيل المعاملات الدولية ، بل قد يؤدى هذا الامتناع الى انكار للعدالة اذ قد يعجز المدعى عن الالتجاء لمحاكم دولة أخرى للمطالبة بحقه • هذا فضلا عن أن هناك من الاحكام ما لا يحتاج

---

«The principle of effectiveness means that judge has no right to pronounce a judgment if he cannot enforce it within his own terriory».

انظر مؤلفه Private Internationl Law p. 139.

وانظر كذلك فى نفس المعنى الفقيه Niboyet.

Traité de droit International privé.

الجزء السادس فقرة ١٧١٩

لاى تنفيذ باعتبارها ذات طابع كاشف كأحكام الحالة والاهليـة التى تنحصر قيمتها فى توضيح المراكز القانونية (١) •

٢٩٤ — ولكن اذا كان من غير المقبول تقييد اختصاص محاكم الدولة بنظر المنازعات ذات الطابع الدولى بقدرة الدولة على كفالة آثار الحكم طبيعه لمنازعه ومدى ارتباط أى من عناصرها بمحاكم الدولة المرفوعة اليها النزاع ، كما يمكن أن تحدد فى ضوء مفهوم فكرة السيادة التى يعتبر فان هـذا الاختصـاص حتى يتوقف تحـديده علـى مـدى ارتباط أى مـن عنـاصر العـلاقة بمحـاكم الدولة المرفـوع اليهـا النزاع ، كمـا يمكـن أن يتحـدد فى ضـوء مفهوم فكرة السيادة التى يعتبر قضاء الدولة احدى مظاهرها الاساسية • فسيادة الدولة اقليمية من ناحية ، بمعنى أنها تمارس على ما يقع باقليم الدولة ، وشخصية من ناحية أخرى بمعنى أنها تمارس على الاشخاص المرتبطين بالدولة سواء أكان هذا الرباط ماديا كالاقامة أو التوطن أو كان معنويا كالانتماء لجنسية الدولة أو مجرد قبول الخضوع لولايتها القضائية • فاذا ارتبطت المنازعة بالدولة عن طريق أطرافها أو ارتبطت بالدولة عن طريق موضوع النزاع كان لقضاء الدولة حق الفصل فى النزاع بغض النظر عن كون هـذا النزاع مرتبطا كذلك بنظام قانونى آخر •

وسنرى عند دراستنا للقواعد العامة للاختصاص القضائى الدولى التى أجمعت الدول على الاخذ بها أن هذه القواعد تسعى للاستجابة الى المعايير السالفة الذكر • فاذا بنت دولة اختصاص محاكمها على أساس لا يعبر عن أية رابطة جدية مادية كانت أم قانونية فان الحكم الصادر من محاكمها لن يكون له أية قيمة تنفيذية فعلية خارج حدودها كما سيتبين لنا عند دراسة آثار الاحكام الاجنبية (٢) •

---

(١) انظر الدكتور احمد قسمت الجداوى : مبادىء الاختصاص القضائى الدولى صفحة ٧٠ .

(٢) انظر فى مناقشة هذه الفكرة :

**Goldschmidt : Systeme et philosphie de droit international privé - Revue critique 1955 p. 648.**

## المبحث الثانى

## حق الاجنبى فى الالتجــاء لقضاء الدولة

٢٩٥ — كانت الفكرة السائدة حتى أوائل القرن التاسع عشر هى أن قضاء الدولة وجد أصلا لاقامة العدل بين الوطنيين فقط • فمرفق القضاء كان يعد مرفقا خاصا بالوطنيين ، وظيفته حسم المنازعات التى تنشأ بينهم ولا شأن له بالمنازعات التى تنشأ بين الاجانب •

والواقع أن هذه الفكرة لم تكن سوى النتيجة الحتمية لما كان عليه وضع الاجنبى قديما على النحو الذى سبق لنا بيانه ، حيث كانت الدول تعيش فى مجتمعات مغلقة لا سبيل الى دخول الاجنبى اليها وبالتالى لا سبيل الى تمتعه بالحقوق فى اقليمها أو دخوله فى علاقات قانونية • واذا دخل الاجنبى اقليم الدولة عومل معاملة الاعداء أو معاملة العبيد المحرومين من الحقوق ، ومن ثم فان امكان لجوئه للقضاء الوطنى لم يكن قائمـــا [1] •

غير أن تطور الحياة الاجتماعية والاقتصادية فى العصر الحديث أدى الى ضرورة التعامل بين أفراد تابعين لدول مختلفة وبالتالى الاعتراف للاجنبى بالحق فى التمتع بالحقوق والدخول فى مختلف العلاقات القانونية مما يتحتم معه نشوء المنازعات • وقد تبينت الدول أن أى نزاع يتصل باقليمها أو يقوم بين أفراد مقيمين بهذا الاقليم من شأنه أن يخل بالنظام والامن السائدين بهذا الاقليم سواء أكان أطراف النزاع وطنيين أم أجانب • لذلك بدأت الدول تحيد تدريجيا عن مبدأ اعتبار مرفق القضاء قاصرا على الوطنيين والسماح للاجنبى كذلك بالالتجاء الى القضـــاء الوطنى • ذلك أنه ما دام العرف الدولى يقر للاجنبى ضرورة التمتع بكافة الحقوق اللازمة لحياة الانسان بالدولة والتى تتطلبهـــا كرامته الانسانية فانه يتعين السماح له بالالتجاء الى القضاء الوطنى والا أصبحت

---

(١) أنظر صفحة ٦ آنفا من هذا المؤلف .

هذه الحقوق عديمة الجدوى • فعدم السماح للاجنبى بالالتجاء الى القضاء الوطنى قد يترتب عليه انكار للعدالة وخاصة اذا لم يتسن له الالتجاء الى محاكم دولته لاسباب مادية أو سياسية (١) •

ومن ثم يمكن القول بأن حق الالتجاء للقضاء الوطنى يعد جـزءا لا يتجزأ من الحد الادنى للحقوق التى كفلها القانون الدولى للاجانب(٢)• بل ان الدولة لا تكون قد أوفت بالتزامها بتوفير هذا الحد الادنى بمجرد السماح للاجنبى بالالتجاء لقضائها ، اذ يتعين عليها توفير كافة الضمانات اللازمة لحصول الاجنبى على حقه وتوفير الحماية القضائية اللازمة له(٣)•

وقد حرص الدستور المصرى الصادر سنة ١٩٧١ على التسوية بين الوطنى والاجنبى من حيث الحق فى الالتجاء الى القضاء المصرى فنص فى المادة ٦٨ منه على أن « التقاضى حق مضمون ومكفول للناس كافة » •

٢٩٦ — وجدير بالذكر أنه بينما كان الاجنبى لا يتمتع حتى منتصف القرن التاسع عشر بحق فى التقاضى ، فان الشريعة الاسلامية كفلت له دائما هذا الحق• فهى تقر ، للمستأمن — وهو الاجنبى بالمعنى الحديث — بمقتضى عقد الامان حق الالتجاء للقاضى المسلم أسوة بالذمى الذى كان يعد من الوطنيين • ذلك أن تحقق شرط الامان الذى منحته له الدولة الاسلامية كان يقتضى السماح له بالالتجاء للقاضى المسلم لحماية حقوقه وأمواله التى كفلها له عقد الامان أثناء اقامته بالدولة الاسلامية •

---

(١) انظر Batiffol et Lagarde ; Droit International privé.
الجزء الثانى فقرة ٦٧ الطبعة السادسة •

(٢) انظر مؤلفنا الوسيط الجزء الاول فى الجنسية ومركز الاجـانب صفحة ٥٢٤ وانظر كذلك الدكتور هشام صادق : تنازع الاختصاص القضائى الدولى صفحة ١٠ ، والدكتور احمد قسمت الجداوى . مبادىء الاختصاص القضائى الدولى صفحة ٣٣ •

(٣) انظر الدكتور حامد سلطان : القانون الدولى العام صفحة ٢٦٣ •

والواقع أنه بالنظر الى القواعد الواردة فى المذاهب الاسلامية الاربعة نجد أنها جميعها لم تمنع القاضى المسلم من النظر فى الدعوى التى يكون أحد أطرافها مستأمنا ، بل اننا نجد فى كل مذهب منها على الاقل اتجاهات مؤيدة لذلك داخل المذهب الواحد (١) .

٢٩٧ — واذا كانت النظم القانونية فى العصر الحديث قد استقرت على تقرير الحق فى التقاضى للاجنبى أمام القضاء الوطنى باعتباره حق يتطلبه كيانه الانسانى ، فان من هذه الدول ما ظل حتى عهد قريب يحد من حق الاجنبى فى الالتجاء الى القضاء معبرا بذلك عن تمييز مجحف بالاجانب . فقد ذهبت بعض التشريعات الغربية الهامة كالتشريع الفرنسى الى تقرير ما يعرف بنظام الكفالة القضائية (٢) ، وهى قيد تفرضه الدولة على الاجنبى عند التجائه الى القضاء الوطنى بمقتضاه يتعين على الاجنبى تقديم نوع من الضمان عند رفعه الدعوى حتى يتسنى تحصيل المصروفات القضائية ودفع التعويضات اذا ما أخفق المدعى فى دعواه . كذلك تهدف هذه الكفالة القضائية الى تلافى الدعاوى الكيدية التى قد يرفعها الاجنبى المعسر .

**والواقع أن هذا النظام يؤدى الى تفرقة لا أساس لها بين الوطنيين والاجانب فى الانتفاع بالمرفق الاساسى القائم بحماية حقـوق الافراد بالدولة .**

**فاذا كان الغرض من الكفالة القضائية هو منع الدعاوى الـكيدية**

---

(١) انظر فى ذلك : دكتور بدر الدين شوقى . القواعد العامة للاختصاص القضائى الدولى ، مجلة ادارة قضايا الحكومة العدد الثالث السنة الثالثة والعشرين صفحة ٦١ و ٦٢ .

(٢) **Cautio Judicatum Solvi.**

انظر فى ذلك : **Maury et Lagarde.**

موسوعة **Dalloz** الجزء الاول صفحة ٢٦٧ وما بعدها .

أو ضمان دفع المصروفات والتعويضات التى قد تترتب على الدعوى فانه يتعين حينئذ فرض هذه الكفالة على كل مدع دون تمييز بين وطنى وأجنبى لتوافر الحكمة فى الحالتين • ولا محل لقصر هذا الالتزام على الاجنبى فقط • وقد حدا ذلك بالمشرع الفرنسى الى التدخل سنة ١٩٧٢ وسنة ١٩٧٥ لالغاء نص المادة ١٦ من القانون المدنى ونصوص المواد ١٦٦ و ١٦٧ من قانون المرافعات التى كانت تنظم الكفالة القضائية بحيث أصبح للاجنبى فى فرنسا حق اللجوء الى القضاء دون قيد كالوطنى سواء بسواء •

## المبحث الثالث

## الحصانات القضـــائية

٢٩٨ — واذا كانت الدولة تملك تحديد اختصاص محاكمها وفقـــا للاسس التى تختارها دون أن تكون هناك سلطة تقيد من حريتها فى هذا الصدد على النحو الذى بيناه فان ذلك يتطلب بطبيعة الحال أن يكون لها ولاية القضاء ابتداء • أما اذا كان أطراف النزاع لا يخضعون لسلطة قضاءها الوطنى أصلا فان السؤال لا يثور بداهة حول مدى حريتها فى تحديد الاختصاص الدولى لمحاكمها •

وقد استقر العرف الدولى على وجــود أفراد وأشخاص قانونية لا يخضعون لسلطة القضـــاء الوطنى بحيث يتعين الدفع بالحصـــانة القضائية أى بعدم قبول الدعوى اذا رفعت فى مواجهة أى منهم (١) •

---

(١) انظر فى تحديد طبيعة هذا الدفع فى الفقه المصرى الدكتور هشام صادق : طبيعة الدفع بالحصانة ، منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية يناير ١٩٦٩ فقرة ٢١ حيث يؤكد بحق أن الدفع بالحصانة القضائية ليس دفعا بعدم اختصاص المحاكم الوطنية وانما هو دفع بعدم خضوع الشخص =

## المطلب الاول

### الحصانة القضائية للمثلين الدبلوماسيين

٢٩٩ — جرى العرف الدولى على اعفاء الممثلين الدبلوماسيين من الخضوع لقضاء الدولة المعتمدين لديها وذلك حتى لا يصبح قضاء الدولة المعتمد لديها وسيلة لمراقبة تصرفات ممثلى الدول الاجنبية والتدخل لتعطيل أداءهم لوظيفتهم (١) • وقد قضت محكمة النقض المصرية فى حكم من أحدث أحكامها صادر فى ٢٥ مارس سنة ١٩٨٢ بأن : « حكمة الحصانة هى توفير الطمأنينة والاستقرار للمبعوث وأنها مقررة لصالح الدولة الموفدة وليس لصالح الشخص » ( حكم غير منشور ) •

وتشمل الحصانة القضائية للممثلين الدبلوماسيين القضاء الجنائى والمدنى والادارى •

وقد عالجت اتفاقية فيينا للحصانات الدبلوماسية المبرمة فى ١٨ ابريل سنة ١٩٦١ والتى انضمت اليها جمهورية مصر العربية الحصانة القضائية للمثلين الدبلوماسيين فى المادة ٣١ منها • فقررت عدم خضوع الممثل الدبلوماسى للقضاء الجنائى للدولة المعتمد لديها بشكل مطلق •

أما بالنسبة للقضاء المدنى والادارى فان الممثل الدبلوماسى لا يخضع له الا فى الحالات الآتية :

---

المتمتع بالحصانة للقضاء الوطنى ابتداء . وانظر كذلك :

Bauer : Compètence judiciaire internationale des tribunaux civils français et allemands.

وانظر كذلك Solus et Perrot, Droit Judiciaire الجزء الثانى فقرة ٦٣٢ .

(١) انظر فى ذلك القانون الدولى العام للدكتور حامد سلطان والدكتورة عائشة راتب والدكتور صلاح الدين عامر صفحة ١٩٠ وانظر كذلك Batiffol et Lagarde المرجع السابق ٤٢٣ .

**أولا :** الدعاوى العينية المتعلقة بالاموال العقارية الخاصة الكائنة فى اقليم الدولة المعتمد لديها ما لم تكن حيازته لها بالنيابة عن الدولة المعتمدة لاستخدامها فى أغراض البعثة ٠

**ثانيا :** الدعاوى المتعلقة بشئون الارث والتركات والتى يدخل فيها بوصفه مديرا منفذا أو وريثا أو موصى له وذلك بالاصالة عن نفسه لا بالنيابة عن الدولة المعتمدة ٠

**ثالثا :** الدعاوى المتعلقة بأى نشاط مهنى أو تجارى يمارسه فى الدولة المعتمد لديها خارج وظائفه الرسمية ٠

كذلك تقضى الاتفاقية بعدم جواز اتخاذ أى اجراءات تنفيذية ازاء المبعوث الدبلوماسى فى غير الحالات السابقة ٠

ولا يعنى عدم خضوع الممثل الدبلوماسى لقضاء الدولة المعتمد لديها على النحو السالف الذكر افلاته بشكل نهائى من العدالة ٠ ذلك أن هذه الحصانة لا تعفيه من الخضوع لقضاء دولته ( المادة ٣١ رابعا من الاتفاقية ) ٠ وعلى ذلك فانه يحق للطرف المضرور الالتجاء لقضاء دولة المبعوث الدبلوماسى للمطالبة بحقه ٠

٣٠٠ — ويتضح من الاستثناءات التى أوردتها اتفاقية فيينا أن حصانة الممثل الدبلوماسى بالنسبة للمسائل المدنية وفقا لاحكام هذه الاتفاقية التى أصبحت جزءا من القانون المصرى ( ابتداء من شهر يوليو سنة ١٩٦٤ )(١) هى حصانة مقيدة ٠ فحصانة الممثل الدبلوماسى تكون

---

(١) انظر الجريدة الرسمية عدد ٢٧١ الصادر فى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٦٤ ويلاحظ ان هذه الاتفاقية لا تسرى بالنسبة لرجال السلك القنصلى ٠ وهذه الفئة الاخيرة لا تتمتع بالحصانة القضائية الا بالنسبة لاعمالهم الوظيفية على تفصيل لا مجال هنا لدراسته ( انظر اتفاقية فيينا بشأن العلاقات القنصلية الصادرة فى ٢٤ ابريل سنة ١٩٦٣ ) ٠

فى الواقع قاصرة على المسائل ذات التأثير على أداء مهمته ، أما التى لا تتعدى مجال حياته الخاصة فتخضع لولاية القضاء المصرى .

وقد حكمت محكمة النقض المصرية فى حكمها السالف الذكر بأنه : « اذا كانت حكمة الحصانة هى توفير الطمأنينة والاستقرار للمبعوث مما يجعل مسكنه مرتبطا بعمله فان لازمة اجارة المبعوث لمسكنه أمرا متعلقا بعمله » مما يترتب عليه عدم خضوع الدعاوى المتعلقة بالمسكن للقضاء المصرى .

٣٠١ — وجدير بالذكر أن الشريعة الاسلامية قد أقرت مبدأ الحصانة القضائية للمبعوثين الدبلوماسيين فى مجال المعاملات المالية . غير أن اعمال هذا المبدأ لم يكن ليتم بشكل تلقائى وانما كان يتطلب قيام اتفاقية بين الدولة الاسلامية ودولة المبعوث على اعفائه من الخضوع للقضاء الوطنى وبشرط أن تكون دولة المبعوث ضامنة لحقوق الوطنيين الذين يتعاملون معه .

أما بالنسبة للعقوبات ، فانه يجوز اعفاء الممثل الدبلوماسى من العقوبات التعزيرية وهى التى يحددها ولى الامر أو القاضى باعتبارها غير مقررة فى الكتاب أو السنة . غير أنه يتعين فى هذه الحالة عقاب المبعوث الدبلوماسى بواسطة دولته (١) .

٣٠٢ — ويبدأ سريان الحصانة القضائية للممثل الدبلوماسى من تاريخ دخوله اقليم الدولة المعتمد لديها بقصد القيام بوظيفته الدبلوماسية . ويظل يتمتع بهذه الحصانة حتى تاريخ انتهاء مهمته بالدولة المعتمد لديها ومغادرته اقليمها فى ميعاد معقول .

فاذا انقضى هذا الموعد زالت الحصانة القضائية عن الممثل

---

(١) انظر تفاصيل ذلك الاستاذ محمد ابو زهرة . العلاقات الدولية فى الاسلام صفحة ٧٢ .

الدبلوماسى بزوال صفته كممثل لدولته لدى الدولة المعتمد لديها • غير أن زوال هذه الصفة عن المبعوث لا تجيز فى رأينا مقاضاته أمام محاكم هذه الاخيرة بشأن التصرفات التى شملتها الحصانة خلال فترة التمثيل الدبلوماسى • ذلك أن مقاضاة المبعوث عن أعمال عاصرت وظيفته ونتجت عنها من شأنه تجريد مبدأ الحصانة من كل مضمون حقيقى (١) •

واذا كان الممثــل الدبلوماسى من رعــايا الدولة المعتمدة لديهــا أو كان من المتوطنين باقليم هذه الدولة بصفة دائمة فانه لا يتمتع بالحصانة الا بالنسبة للاعمال الرسمية التى يقــوم بها تأدية لوظيفتــه فحسب ( المادة ٣٨ من الاتفاقية ) وقد سبق أن نادى فريق من الفقه بهذا الرأى قبل صدور الاتفاقية مستندين الى حجة وجيهة • ذلك أن المفروض أن الممثل الدبوماسى الذى لا يخضع لقضاء الدولة المعتمد لديها يجب امكان مقاضاته أمام محاكم دولته ، اذ ليس الغرض من الحصانة افلات الممثل الدبلوماسى من القضاء نهائيا • وهــذا أمر لا يتأتى اذا كان الممثل الدبلوماسى من رعايا الدولة الموفد اليها أو متوطنا بها ، اذ لن يتيسر مقاضاته فى دولة أخرى (٢) • أما الاعمال الرسمية التى يقوم بها تأدية لوظيفته كمبعوث دبلوماسى فيجب أن تظل مشمولة بالحصانة احتراما لسيادة الدولة التى يمثلها ولاستقلالها •

**التنازل عن الحصانة :**

٣٠٣ — ان الحصانة القضائية للممثل الدبلوماسى امتيــاز أقره له العرف الدولى وقننته اتفاقية فيينا الصادرة سنة ١٩٦١ حماية لاستقلاله

---

(١) وقد اختلف قضاء محاكم الدول حول هذا الامر • وانتهت اتفاقية فيينا الى النص على انه « وتستمر الحصانة قائمة مع ذلك بالنسبة للاعمال التى يقوم بها هذا الشخص أثناء اداء وظيفته بوصفه احد افراد البعثة » •

(٢) Giuliano : Les relations et immunités diplomatiques Recueil descours de l'académie de droit international 1960.

الجزء الثانى صفحة ١٣٦ •

فى أداء وظيفته ، أى حمـاية اسـتقلال الدولة التى يمارس وظيفته باسمها • فالممثل الدبلوماسى ليس هو المقصود بشخصه بهذه الحصانة ومن ثم لا يملك بارادته وحده التنازل عن الحصانة اذ أن صاحب الحق الاصلى فى الحصانة — وهو دولة الممثل الدبلوماسى — هو الذى يملك التنازل عن الحصانة • وقد نصت على ذلك صراحة اتفاقية فيينا السالفة الذكر فى المادة ٣٢ منها كما أكده القضاء المصرى اذ قضت محكمة النقض المصرية فى حكمها الصادر فى ٢٥ مارس سنة ١٩٨٢ بأن « الحصـانة الدبلوماسية مقررة لصالح الدولة الموفدة للمبعوث لا لصالحه الشخصى بحيث لا يجوز للمبعوث التنازل عنها بغير موافقة دولته » • وقد اشترطت محكمة النقض كذلك أن يكون التنازل تاليا لرفع الدعوى أمام القضاء « اذ لا يجوز التنازل عن الحق قبل نشوئه » •

ويجب أن يتم التنازل عن الحصانة صراحة ( المادة ٣٢ فقرة ثانية من الاتفاقية ) • ويكون التنازل صريحا اذا أعلنت الدولة الاجنبية صراحة قبولها خضوع الممثل الدبلوماسى للقضاء الوطنى أو اذا سلكت مسلكا يقطع بهذا القبول ، كما لو رفع ممثلها الدبلوماسى دعوى أمام القضاء الوطنى • ففى هذه الحالة الاخيرة لا يجوز له الدفع بالحصانة بالنسبة لأى طلب عارض يتعلق بالدعوى الاصلية ( المادة ٣٢ الفقرة الثالثة من الاتفاقيـة ) •

ويجب على القاضى الوطنى الحكم بعدم قبول الدعوى من تلقـاء نفسه اذا لم يحضر المدعى عليه المتمتع بالحصانة ليدفع بها (١) بل انه يتعين القول — ازاء اشتراط المادة ٣٢ من اتفاقية فيينا أن يكون التنازل صريحا express — بأن قبـول الممثل الدبلوماسى السير فى الدعوى

---

(١) انظر : Loussouarn et Bourel : Droit International privé. صفحة ٦٠٣

وانظر كذلك : Mayer : Droit International privé. صفحة ٢٤٩

وعدم دفعه بالحصانة لا يفيد التنازل عن الحصانة اذ لا يكفى التنـازل الضمنى ، ومن ثم فانه يمكن الدفع بالحصانة فى أية حالة كانت عليها الدعـوى ٠

٣٠٤ — ويترتب على تنازل الدولة الصريح عن الحصانة القضائية لممثلها الدبلوماسى فى نزاع معين استرداد القضاء الوطنى لولايته وامكان السير فيها ضد من كان يتمتع بالحصانة وذلك اذا توافرت أى من الاسباب المقررة لاختصاص المحاكم الوطنية بالنزاع ٠ ولا ينصرف أثر هذا التنازل الا الى الدعوى التى تم التنازل بشأنها (١) ولكن هـذا التنازل يشمل بطبيعة الحال جميع درجات التقاضى بشأن نفس المنازعة ٠ وعلى ذلك فاذا تم التنازل عن الحصانة عند رفع الدعوى أمام محكمة أول درجة ، فان التنازل يظل قائما أمام المحاكم الاستئنافية وأمام محكمة النقض بشأن نفس الدعوى ٠

٣٠٥ — بيد أن التنازل عن الحصانة وقبول اختصاص القضـاء الوطنى بشأن نزاع معين لا يعنى امكان تنفيذ الحكم الصادر بشأن هذا النزاع من القضاء الوطنى ٠ فقد نصت اتفاقية فيينا السالفة الذكر — مقننة فى ذلك ما استقر عليه العرف الدولى — على أن التنازل عن الحصانة القضائية لا يستفاد منه التنازل عن الحصانة بالنسبة لتنفيذ الحكم ، اذ يتعين لذلك صدور تنازل مستقل ( المادة ٣٢ فقرة رابعة ) ٠

والواقع أن عدم امكان تنفيذ الحكم الصادر من القضاء الوطنى الذى قبلت دولة الممثل الاجنبى الخضوع لاختصاصه أمر لا يخلو من التناقض ، اذ ما فائدة السماح للقضاء الوطنى بالفصل فى النزاع اذا لم نكفل للحكم

---

(١) انظر فى هذا المعنى الدكتور احمد عبد الكريم سلامة : محاضرات فى المرافعـات المدنيـة الدوليـة صـفحة ٢٥١ حيـث يقـرر انـه : « اذا تنازل من يتمتع بالحصانة عنها فى خصوص الاجراءات الوقتية والتحفظية فان هذا لا يجب ان يفسر على انه تنازل عن الحصانة فى خصوص المنازعات الاصـلية » ٠

الصادر منه قيمة تنفيذية فعلية ؟ وما قيمة موافقة دولة الممثل الدبلوماسى على خضوعه للقضاء الوطنى اذا كان فى امكانها منع تنفيذ الحكم الصادر من هذا القضاء بمجرد سكوتها عن السماح بهذا التنفيذ بشكل صريح ؟

٣٠٦ — وقد جرى العرف الدولى كذلك على شمول رؤساء الدول الاجنبية بالحصانة القضائية أمام القضاء الوطنى • غير أن الدول اختلفت حول نطاق الحصانة التى يجب أن يتمتع بها رئيس الدولة الاجنبية •

فذهب فريق من الدول وبصفة خاصة المملكة المتحدة الى اعفاء رؤساء الدول الاجنبية من الخضوع للقضاء المحلى فى أية منـازعة يكونون طرفا فيها ، سواء أكان النزاع مدنيا أم جنائيا ، وسواء تعلق النزاع بأعمالهم السياسية أم بشئونهم الخاصة وذلك تأسيسا على أن احترام سيادة الدولة الاجنبية يقتضى منح رئيس الدولة الاجنبية وهو الممثل الاعلى لها حصانة مطلقة (١) •

وذهب فريق آخر من الدول كفرنسا والدول اللاتينية الى الاخذ بالحصانة المقيدة بالنسبة لرئيس الدولة الاجنبيـة ، بحيث لا يتمتع بالاعفاء من الخضوع للقضاء الوطنى الا اذا كان النزاع بسبب أعمال تتصل بالشئون العامة • أما اذا كان النزاع يتعلق بشئون رئيس الدولة الخاصة فانه لا يشمل بالحصانة القضائية اذ أن رئيس الدولة لا يعتبر ممثلا لدولته عند مباشرته لشئون حياته الخاصة •

وقد جرى العمل على امتداد الحصانة لاسرة رئيس الدولة الاجنبية ورجال حاشيته المرافقين له • ولكن تسقط الحصانة عن رئيس الدولة

---

(١) ومن امثلة ذلك ما حكمت به المحاكم الانجليزية من رفض دعـوى تعويض رفعت على سلطان جوهر لفسخ خطبته من احدى الانجليزيات ، وذلك استنادا الى مبدا الحصانة المطلقة التى يتمتع به رؤساء الدول الاجنبية :
Migell V. Sultan of Johore 1894.

وانظر :
British Yearbook of International Law 1958 P. 261.

وأتباعه اذا وجدوا فى اقليم دولة فى حالة حرب مع دولتهم أو اذا زالت عنه صفة رئيس الدولة • كذلك تسقط هذه الحصانة فى رأى البعض اذا كان رئيس الدولة الاجنبية مسافرا فى حالة تنكر (١) •

## المطلب الثانى

## الحصانة القضائية للدولة

٣٠٧ — ليست فكرة الحصانة القضائية للدولة الاجنبية بالفكرة الجديدة • غير أن هذا الموضوع قد اتسم فى الآونة الحديثة بأهمية حيوية وأثار الكثير من الخلاف نظرا لاتساع نشاط الدولة فى العصر الحديث • فقد أصبحت الدولة تساهم بنصيب وافر فى الحياة الاقتصادية والتجارية للمجتمع الدولى بشكل لم يعهد له مثيل من قبل • ومما زاد هذه المشكلة تعقيدا أن الدولة لم تعد تكتفى بالتدخل بطريقة مباشرة فى المجال الاقتصادى والتجارى بل كثيرا ما تلجأ الى طريقة غير مباشرة ، وذلك عن طريق تأميم المشروعات الخاصة المملوكة للافراد وتحويلها من الملكية الفردية الى الملكية الجماعية ، أو عن طريق انشاء مشروعات عامة تملك الدولة كل أو معظم رأسمالها •

ولما كانت هذه المشروعات المؤممة أو العامة تخضع من ناحية لهيمنة الدولة التى تتملكها ، ومن ناحية أخرى تتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن هذه الدولة ، فقد احتدم الخلاف حول مدى امكان شمول هذه المشروعات العامة بالحصانة القضائية التى قد تتمتع بها الدولة ذاتها •

هل يجب أن تمتد حصانة الدولة الى هذه المشروعات باعتبارها مشروعات مملوكة للدولة وخاضعة لرقابتها ؟ أم هل يتعين اخراج هذه المشروعات من نطاق حصانة الدولة نظرا لما تتمتع به من شخصية قانونية مستقلة ؟

---

(١) انظر فى ذلك الدكتور محمد عبد المنعم رياض : مبادىء القانون الدولى الخاص ( ١٩٤٣ ) .

**أولا : الحصانة القضائية للدولة الاجنبية ذاتها**

٣٠٨ — كان المبدأ السائد فى مختلف الدول حتى أوائل القرن العشرين هو تمتع الدولة الاجنبية باعفاء مطلق من الخضوع لقضاء المحاكم الوطنية فى جميع المنازعات التى تكون طرف فيها إذا قبلت الخضوع لذلك القضاء صراحة •

وقد قيل فى تبرير مبدأ الحصانة المطلقة للدولة بعدة أسانيد أهمها مبدأ سيادة الدولة • فسيادة الدولة واستقلالها يتنافيان مع امكان خضوعها بأية صورة من الصور لسلطان القضاء فى دولة أخرى • فمقاضاة دولة أمام محاكم دولة أخرى ينطوى على انتهاك لسيادتها ومساس باستقلالها •

وهناك اعتبارات ذات صبغة عملية دعت فى الواقع الى القول بوجوب اعفاء الدولة من الخضوع لقضاء الدول الاخرى • فالحكم الذى تصدره المحاكم الوطنية ضد الدولة الاجنبية سيكون قابل للتنفيذ على أموال الدولة الاجنبية • ذلك أن تنفيذ الاحكام قد يستلزم الالتجاء الى القوة الجبرية ، ولا يستساغ أن نستعمل هذه القوة ضد دولة أجنبية ، اذ قد يؤدى ذلك الى تهديد السلم والامن الدوليين •

٣٠٩ — وقد أخذ مبدأ الحصانة المطلقة للدولة يتزعزع نتيجة لاتساع دور الدولة وقيامها بأعمال تخرج عن اطار نشاطها التقليدى • والواقع أنه ليس من الانصاف أن نسمح للدولة الاجنبية بالتعامل مع الافراد والدخول معهم فى معاملات تجارية مع حرمان هؤلاء الافراد فى الوقت ذاته من الضمان الاساسى اللازم لحماية حقوقهم وهو حق الالتجاء الى قضائهم الوطنى •

لذلك أخذت الكثير من الدول تحيد تدريجيا عن مبدأ الحصانة المطلقة للدولة وقررت قصر هذه الحصانة على بعض أنواع النشاط الذى تمارسه الدولة دون البعض الآخر • وكان من أوائل المنادين بمبدأ الحصانة المقيدة

للدولة القضاء الايطالى (١) والقضاء البلجيكى (٢) والقضاء المصرى(٣)٠

.. غير أن القضاء فى هذه الدول اختلف حول المعيار الواجب الاتباع لتحديد أنواع النشاط الذى يتعين بالنسبة له اعفاء الدولة الاجنبية من الخضوع للقضاء الوطنى ٠

٣١٠ — وقد كان أول معيار يلجأ اليه الفقه والقضاء للحد من حصانة الدولة الاجنبية هو وجوب التفرقة بين شخصية الدولة كسلطة صاحبة سيادة وشخصيتها كفرد عادى (٤) فاذا ظهرت الدولة الاجنبية فى المنازعة بمظهر السلطة وجب اعتبار الدولة فى مثل هذه الحالة متمتعة بالحصانة ٠ أما اذا ظهرت الدولة الإجنبية فى المنــازعة كشخص عادى فلا تتمتع بالاعفاء من القضاء الوطنى وتختص المحاكم الوطنية بالنظر فى الدعوى المرفوعة عليها كما لو كانت دعوى مرفوعة على فرد عادى ٠

---

(١) وقد صدر اول حكم بهذا المعنى من محكمة النقض الايطالية سنة ١٨٨٢ فى القضية الشهيرة

Morellet C. Governo Danese. (Giurisprudenza Italiana 1833, I, P. 130).

(٢) انظر بصفة خاصة حكم محكمة النقض البلجيكية الصادر سنة ١٩٠٣ فى قضية

Chemins de Fer Liège-Luxembourg C. Etat des Pays-Bas (Clunet 1904, P. 417).

(٣) انظر حكم محكمة الاستئناف المختلطة الصادر سنة ١٩٠١ فى قضية Gelderland

Bulletin de Législation et de Jurisprudence Egyptiennes, T. XIII (1900-1901), P. 334.

(٤) ومن الاحكام الهامة المقررة لهذه التفرقة الحكم الصادر من محكمة برلين فى ٢٥ فبراير ١٩٥٥ منشور فى

International Law Reports, 1955. P. 230.

والحكم الصادر من محكمة Kiel فى ١٩ مارس سنة ١٩٥٣ منشــور فى Juristenzeitung 1954, P. 118.

وقد برز هذا المعيار بصفة خاصة فى القضاء المصري (1) • ومن الاحكام الشهيرة فى هذا الصدد حكم أصدرته محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٧ يونيو سنة ١٩٤٢ فى دعـوى رفعت ضـد حكومة الانتـداب بفلسطين (2) • وتتلخص وقائع هذه القضية فى أن أحد المسافرين أصيب بأضرار نتيجة لوقوع بعض الامتعة على رأسه أثناء سفره بخطـوط سكة حديد فلسطين التى تديرها هـذه الحكومة • وقد طالب المدعى بالتعويض من حكومة الانتداب باعتبارها مسئولة عن أعمال مستخدميها فى ربط الامتعة مما أدى الى وقوع الحـادث • وقد دفعت حكومـة فلسطين بالحصانة ، غير أن القضاء المختلط رفض هذا الدفع تأسيسا على أن الحكومة عند ادارتها للسكك الحديدية لم تتصرف باعتبـارها سلطة صاحبة سيادة وانمـا ظهرت بمظهر الفرد العادى الذى يتعين اخضاعه لولاية القضاء •

وقد انتقد هذا المعيار نظرا لقيامه على فكرة غير سليمة وهى فكرة ازدواج شخصية الدولة • فمن غير المقبول أن يكون للدولة شخصيتان شخصية باعتبارها سلطة عامة وشخصية باعتبارها فرد عادى • فشخصية الدولة فى الواقع واحدة لا تتجزأ •

٣١١ — لذلك لجأ القضاء الى تقرير الحصانة القضائية للدولة ليس على أساس اختلاف الصفة التى تظهر بها الدولة فى النزاع وانما على أساس طبيعة العمل الذى ثار النزاع بشأنه •

---

= والحكم الصادر من محكمة النقض الايطالية سنة ١٩٥٦ منشور فى Rivista di Diritto Internazionale, 1956. P. 190.

(1) انظر الحكم الصادر من محكمة الاستئناف المختلطة سنة ١٩٣٠ فى قضيـة Monopole de Tabac de Turquie منشور فى Bulletin, T. 42 (1929-30), P. 214 وانظـر كذلك الحـكم الصادر من محكمة الاستئناف المختلطة الصادر فى ٣ يناير سنة ١٩٤٨ منشور فى Revue Hellénique de Droit International, 1948 P. 279.

(2) منشور فى Bulletin, T. 54 (1941-2), P. 243.

فاذا كان العمل الذى قامت به الدولة الاجنبية يعد عملا من أعمال السيادة Jure imperii امتنع على القضاء الوطنى النظر فى النزاع .
أما اذا كان العمل الذى قامت به الدولة الاجنبية يعد من أعمال الادارة العادية التى لا تتصل بالسلطة العامة Jure gestiones جاز للمحاكم الوطنية النظر فى النزاع .

غير أن هذا المعيار يعيبه عدم الدقة لصعوبة التمييز أحيانا بين التصرفات التى تعتبر من أعمال السيادة وتلك التى من أعمال الادارة العادية .

وقد اعتبرت بعض المحاكم تصرفات معينة من أعمال السيادة بينما اعتبرت محاكم أخرى تصرفات شبيهة بها من أعمال الادارة .

فقد حدث مثلا أن رفعت سيدة دعوى ضد الجمهورية العربية المتحدة سنة ١٩٦٠ أمام المحاكم السويسرية بشأن ايجار مسكن للبعثة الدبلوماسية العربية بفيينا ، ودفعت الجمهورية العربية بالحصانة . غير أن المحكمة الفدرالية العليا رفضت هذا الدفع باعتبار أن عقد ايجار المسكن يعتبر من أعمال الادارة العادية وليس من أعمال السلطة العامة التى تخرج من ولاية القضاء (١) . وذلك فى حين أن محكمة النقض الفرنسية أصدرت حكما عكسيا فى دعوى متعلقة بعقد شراء سجائر أبرمته دولة فيتنام لجيشها ، اذ قبلت المحكمة دفع الدولة بالحصانة باعتبار أن عقد الشراء هذا يعتبر من أعمال السلطة العامة (٢) .

٣١٢ — وقد اتجه القضاء الحديث فى تحديد حصانة الدولة الى اعمال معيار جديد مقتضاه وجوب معاملة الدولة الاجنبية نفس المعاملة التى

---

(١) Dame X c. République Arabe Unie : Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes, t, 86. P. 23.

(٢) Guggenheim c. Etat de Vietnam Revue critique de Droit International privé. 1962, p. 350.

يعامل بها القاضى الوطنى دولته ذاتها • أى أنه يتعين البحث فى هذه الحالة عما كان يمكن أن يفعله القاضى الوطنى لو كانت نفس الدعوى مرفوعة ضد دولته هو • وبعبارة أخرى يتعين على القاضى ألا يخص الدولة الاجنبية بمعاملة تختلف عن تلك التى يعامل بها دولته •

فاذا ما تبين للقاضى الوطنى أنه كان سيمتنع عن نظر المنازعة اذا كانت دولته طرفا فيها ، امتنع عليه النظر كذلك فى الدعـوى المماثلة المرفوعة ضد الدولة الاجنبية ، أى تعين عليه القضاء بحصانة الدولة الاجنبيـة •

أما اذا اتضح للقاضى الوطنى أن المنازعة كانت ستدخل فى ولايته اذا كانت دولته نفسها طرفا فى النزاع وجب عليه نظر الدعوى المماثلة التى تكون الدولة الاجنبية طرفا فيها ، أى تعين فى هذه الحالة رفض الحصانة للدولة الاجنبية (١) •

غير أن هذا المعيار معيب بدوره • ذلك أن اعفاء الدولة الاجنبية من الخضوع للقضاء الوطنى لا يجب أن يرتبط بالمعاملة التى تلقاها الدولة الوطنية من قضائها • فالاعتبارات المهيمنة على عدم اختصاص القاضى بنظر المنازعة ليست واحدة فى كلتا الحالتين : فالواقع أن عدم خضوع بعض أعمال دولة القاضى للسلطة القضائية انما يرجع الى اعتبارات

---

(١) انظر فى هـذا المعنى حكم محكمة استئناف باريس الصـادر فى ١٦ مارس سنة ١٩٦٠ فى قضية

Cité fleurie La Fayette c. Etats-Unis d'Amérique : Ciunet, 1962, P. 132.

وانظر كذلك حكم محكمة النقض الايطالية الصادر سنة ١٩٤٧ فى قضية

Tani c. Délégation commerciale russe : Foro Italiano, 1948, I, P. 855.

والحكم الصادر من نفس المحكمة سنة ١٩٥٦ فى قضية

Royaume de Grèce c. Gamet Rivista di Diritio Internazionale 1958, P. 123.

مستمدة من مبدأ الفصل بين السلطات فى الدولة ذاتها ، وذلك فى حين أن اعفاء الدولة الاجنبية من الخضوع للقضاء الوطنى يرجع الى اعتبارات تتصل بكيان المجتمع الدولى بأسره .

٣١٣ — ويبدو لنا أن الخلاف القائم حول مدى حصانة الدولة الاجنبية مرجعه عدم صحة الاساس الذى قيل به فى تبرير هذه الحصانة .

ففكرة السيادة التى قام عليها مبدأ الحصانة أساسا هى فى الواقع سلاح ذو حدين . ذلك أنه اذا نظرنا الى فكرة السيادة من وجهة نظر الدولة الاجنبية لامكننا القول فعلا بوجوب تمتع الدولة الاجنبية بحصانة قضائية مطلقة وعدم خضوعها بأى حال من الاحوال للقضاء الوطنى . أما اذا نظرنا الى فكرة السيادة من وجهة نظر دولة القاضى لادى ذلك الى نتيجة عكسية . فسيادة دولة القاضى تقتضى وجوب خضوع جميع المنازعات التى تثور داخل اقليم دولة القاضى لسلطانه الاقليمى . فاذا ما حرمنا القضاء الوطنى من النظر فى المنازعات التى تثور فى اقليم دولته بحجة أن هناك دولة أجنبية طرف فى النزاع لكان فى ذلك بلا شك اهدار لسيادة دولة القاضى على اقليمها .

والرأى عندنا أن تحديد مدى حصانة الدولة القضائية ، يجب أن يتم وفقا للاساس الذى تقوم عليه مختلف حلول القانون الدولى الخاص. فالحلول التى يضعها هذا القانون يجب قيامها كما سبق البيان على تحقيق التناسق بين النظم القانونية المختلفة أو بعبارة أبسط على فكرة التعايش المشترك بين الدول (١) .

---

(١) انظر فى هذا المعنى

**Batiffol : Aspects philosophiques du droit international privé, P. 16.**

وانظر كذلك :

=

وقد أدى اعمال هذه الفكرة فى مجال تنـــازع القوانين الى تخلى القاضى عن تطبيق القانون الوطنى وتطبيق قانون الدولة الاجنبية وذلك كلما كانت العلاقة القانونية أكثر تعلقا بالنظام القانونى الاجنبى منها بالنظام القانونى الوطنى •

ويمكن فى الواقع اعمال نفس هذه الفكرة بالنسبة للحصانة القضائية للدولة • فيتعين فى رأينا على القاضى الوطنى الامتناع عن الفصل فى المنازعات التى تكون الدولة الاجنبية طرفا فيها كلما كانت المنازعة وثيقة الصلة بهذه الدولة •

٣١٤ — ولكن متى يعتبر النزاع وثيق الصلة بالدولة الاجنبية بحيث يتعين على القاضى الوطنى التخلى عن نظر المنازعة وتقرير الحصانة القضائية للدولة الاجنبية ؟

من غير المستساغ أن نعتبر مجرد كون الدولة الاجنبية طرفا فى النزاع مبررا كافيا لتخلى القاضى الوطنى عن نظر الدعوى • فلكى يعتبر النزاع وثيق الصلة بالدولة الاجنبية يتعين فى رأينا أن يكون هذا النزاع متعلقا باحدى وظائف الدولة الاجنبية • ففكرة التعايش المشترك بين الدول تقتضى عدم التدخل فيما يعتبر من صميم وظائف الدولة الاجنبية وبالتالى وجوب اعفاء الدولة الاجنبية من الخضوع للقضاء الوطنى بالنسبة للمنازعات المتعلقة بوظائفها • أما المنازعات التى لا تتصل بقيام الدولة الاجنبية باحدى وظائفها ، فيبدو لنا أنه ليس هناك مـــا يبرر اخراجها من ولاية القضاء الوطنى ، اذ لن يكون ثمة مساس بكيان الدولة الاجنبية فى اخضاع هذه المنازعة للقضاء الوطنى •

---

**Lunz : Problems of private international law in the relations between the countries of the world socialist system.**

منشـــور فى
Soviet Yearbook of International Law, 1959, P. 82.

ويجب الرجوع الى النظام الاقتصادى والسياسى فى الدولة الاجنبية لمعرفة ما اذا كان النشاط محل النزاع يدخل فى الاطار الوظيفى لهذه الدولة .

فالنظام الاقتصادى والسياسى لكل دولة هو الذى يحـدد ما يدخل فى نطاق وظائفها . فالدول ذات النظم الاشتراكية تدخل فى نطاق وظائفها نواح من النشاط لا تعد كذلك فى الدول ذات النظم الرأسمالية .

فاذا كان النظام القانونى للدولة الاجنبية لا يعتبر النشاط محـل النزاع داخلا ضمن وظائف الدولة انتفت الحكمة من امتناع القاضى الوطنى عن نظر المنازعة ، اذ أن المقصود من الحصانة هو تمكين الدولة الاجنبية من أداء ما تعتبره هى جزءا من وظائفها . أما اذا كان النظام القانونى للدولة الاجنبية يعتبر النشاط محل النزاع داخـلا ضمن وظائف الدولة الاجنبية تعين امتناع القاضى الوطنى عن نظر المنازعة .

٣١٥ — بيد أن امتناع القاضى الوطنى عن نظر منازعة تدخل أصلا فى اختصاصه يعتبر حدا من نطاق الولاية القضائية لدولته ومن ثم فانه من غير المستساغ اخضاع مثل هذا التحديد لما تقرره الدولة الاجنبية وحدها ، بل يتعين اشراك النظام القانونى لدولة القاضى فى هذا التحديد .

واشراك نظام دولة القاضى فى هذا التحديد لا يعنى وجوب كون النشاط محل النزاع داخلا ضمن وظائف الدولة وفقا لكل من نظـامى دولة القاضى والدولة الاجنبية ، فعدم التطابق بين أنظمة الدول من الامور المسلم بها فى المجتمع الدولى الحالى .

وانما المقصود باشراك نظام دولة القاضى هو عدم تقرير الحصانة اذا ما وجد تعارض صارخ بين نظام دولة القاضى ونظام الدولة الاجنبية. وذلك تحقيقا لفكرة التعايش المشترك السابق الاشارة اليها .

نخلص مما تقدم بأنه فيما يتعلق بالحصانة القضائية للدولة الاجنبية

يتعين على القضاء الوطنى الامتناع عن نظر المنازعات التى تكون الدولة الاجنبية طرفا فيها وتقرير الحصانة القضائية للدولة الاجنبية اذا اتصل النزاع باحدى وظائف الدولة الاجنبية طالما لم يكن هناك تعارض صارخ بين وجهتى نظر الدولتين •

**ثانيا : الحصانة القضائية للمشروعات العامة الاجنبية :**

**٣١٦ — فاذا ما انتهينا من تحديد مدى حصانة الدولة الاجنبية أمام القضاء الوطنى ، انتقلنا الى بحث مدى تمتع المشروعات العامة المملوكة للدولة بالحصانة القضائية • والفصل فى هذا الموضوع يعتبر فى الواقع من أدق الامور التى تواجه القضاء فى مختلف الدول • وترجع صعوبة هذه المشكلة الى الطبيعة المركبة التى تتصف بها المشروعات العامة فالمشروعات العامة كما سبق أن ذكرنا مملوكة للدولة اما عن طريق التأميم واما عن طريق انشاء مشروعات جديدة ابتداء • غير أن هذه المشروعات من ناحية أخرى تتمتع بشخصية قانونية قائمة بذاتها ومستقلة عن شخصية الدولة التى تنتمى اليها ، فهذه المشروعات تستطيع التعاقد باسمها الخاص كما أنها مسئولة عن التزاماتها •**

**وقد أدت هذه الطبيعة المركبة للمشروعات المؤممة والمشروعات العامة الى اثارة الجدل حول مدى امكان تمتع هذه المشروعات بالحصانة القضائية :**

**هل يعد تملك الدولة للمشروع العام وهيمنتها على ادارته مسوغا** كافيا لشمول المشروع العام بالحصانة التى تتمتع بها الدولة ؟

أم هل يعتبر استقلال الشخصية القانونية للمشروع العام عن شخصية الدولة سببا كافيا لحرمانه من أية حصانة قضائية ؟

٣١٧ — ذهب قضاء الدول فى هذا الصدد مذاهب شتى • فقد رأت بعض المحاكم أن أهم ما يميز المشرع العام أو المؤمم هو تمتعه بشخصية

قانونية مستقلة عن الدولة التى ينتمى اليهـا • ومن ثم قررت عـدم امكان شموله بالحصانة القضـائية • وقد قضت المحـاكم الالمـانية والفرنسية والامريكية بذلك فعلا فى أحكامها الحديثة ، اذ رفضت منح الحصانة لبنوك مملوكة لدول أجنبية تأسيسا على أن هذه البنوك تتمتع بشخصية قانونية قائمة بذاتها (١) وقد سبقتها فى الاخذ بهـذا المعيار المحاكم المختلطة فى مصر (٢) • وجدير بالذكر أن اللجنـة القـانونية للمؤتمر الافريقى الآسيوى قد أوصت بالاخذ بالمعيار المذكور فى دورتها المنعقدة بالقاهرة سنة ١٩٥٨ •

واتجهت بعض المحاكم الاخرى الى الاعتداد بالغرض الذى يقوم المشروع العام بتحقيقه فقررت منح الحصانة للمشروع العام الذى قصد من انشائه تحقيق غاية وطنية بغض النظر عن تمتعه بشخصية قانونية مستقلة عن الدولة التى أنشأته • وقد برز هذا المعيار بصفة خاصة فى احدى القضايا الشهيرة التى طرحت أمام القضاء الامريكى منذ بضعة أعوام • ففى دعوى رفعت أمام القضاء الامريكى ضد شركة البترول الانجلو ايرانية دفعت الشركة بالحصانة القضائية ، واستندت فى دفعها الى أن الغرض من انشائها هو تزويد البحرية البريطانية بالوقود وهو أمر لازم لكيان دولة بريطانيا • وقد أقرت المحاكم الامريكية هذا الدفع

---

(١) أنظر الحكم الصادر من المحكمة الفدرالية العليا بالمانيا فى ٧ يونيو سنة ١٩٥٥ والمنشور فى :

Neue **Juristische** Wochenschrift, 1955. P. 1435.

وانظر حكم محكمة استئناف نيويورك الصادر فى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٦١ فى قضية

Stephen V. **Zivnostenska** Banka. 22, N.Y.S. (2d). P. 128.

وأنظر كذلك حكم محكمة السين الصادر فى ١٥ يونية سنة ١٩٥٥ المنشور فى
Gazette du **Palais**, 1956, II, P. 16.

(٢) أنظر حكم محكمة الاستئناف بالاسكندرية الصادر فى ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٤ فى قضية

Giovanni Borg c. Caisse Nationale d'Epargne Française. Gazette des tribunaux Mixtes d'Egypte, t. 16 (1925-26), P. 123.

وقضت بشمول شركة البترول الانجلو ايرانية بالحصانة القضائية (١) ، وعلى ذلك يكفى لكى يتمتع المشروع العام بالحصانة وفقا لهذا الرأى أن يكون المشروع قد أنشىء لتحقيق غاية وطنية .

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية أخيرا الى وضع معيار جديد مقتضاه النظر الى الصفة التى يتعامل بها المشروع العام (٢) . فقد حدث أن قررت الحكومة الاسبانية تغيير العملة الاسبانية وسمحت للاشخاص المقيمين بالخارج باستبدال ما لديهم من عملات قديمة عن طريق التقدم بها الى البنوك الاسبانية . وتنفيذا لهذا القرار تقدم بعض الرعايا الفرنسيين بالعملات القديمة التى فى حيازتهم الى بنك أسبانيا لاستبدالها بعملات جديدة غير أن البنك ماطل فى تسليمهم العملات الجديدة خلال عدة سنوات ، فرفع هؤلاء الاشخاص دعوى ضد البنك أمام القضاء الفرنسى مطالبين بتسليمهم العملات الجديدة . دفع البنك بالحصانة مستندا الى كونه مشروعا عاما مملوكا للحكومة الاسبانية. ورد الخصوم الفرنسيون على هذا الدفع بأن البنك يتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن الدولة الاسبانية كما أنه يقوم بعمليات تجارية باسمه الخاص ومن ثم فلا يجوز تمتعه بالحصانة . غير أن محكمة النقض الفرنسية حكمت بشمول البنك بالحصانة . وأسست حكمها على أن البنك فى هذه العملية بالذات ( أى عملية تغيير العملة ) كان خاضعا فى تصرفاته لتعليمات وأوامر مباشرة من الحكومة الاسبانية . فالبنك لم يتصرف فى هذه الحالة الا بوصفه ممثلا للحكومة الاسبانية فى عمل من أعمال

---

(١) انظر
In reinvestigation of World arrangements with relation to the production transformaion, refining and distribution of petroleum : International Law Reports, 1952. Case No. 41. P. 197.

(٢) انظر حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر فى ٣ نوفمبر ١٩٥٢ فى قضية
Epoux Martin c. Banque d'Espagne. Revue Critique de droit International Privé, 1953, P. 425.

السيادة ، وبذلك كانت الصفة التى تعامل بها البنك هى الاساس الذى تحددت بمقتضاه الحصانة .

٣١٨ — يتضح مما سبق أن قضاء مختلف الدول لم يصل الى حل موحد بشأن الحصانة القضائية للمشروع العام . ويبين لنا أن مرجع ذلك هو عدم محاولة القضاء تحديد مركز المشروع العام من الدولة التى أنشأته فى المجال الدولى أى معرفة مدى اندماجه فى شخصية الدولة . وهذا التحديد يعتبر فى الواقع مسألة أولية لازمة للفصل فى حصانة المشروع العام .

ولما كانت الدولة ومرافقها تظهر فى المجال الدولى كوحدة متكاملة فانه يمكن اعتبار المشروع العام جزء لا يتجزأ من الدولة فى المجال الدولى اذا ما ثبت أنه يرقى الى مرتبة مرافقها ويدخل ضمن اطار أجهزتها .

وبدراسة المشروعات العامة فى مختلف الدول يتضح لنا أنه يمكن تقسيمها الى نوعين :

النوع الاول مشروعات عامة تدخل فى عجلة النشاط الرئيسى للدولة وتعتبر ضمن الاطار المكون لاجهزتها وذلك بالرغم من تمتعها بشخصية قانونية مستقلة عن الدولة التى تنتمى اليها .

والنوع الثانى مشروعات عامة تقوم بنشاط لا يدخل فى عجلة النشاط الرئيسى للدولة وبالتالى لا تندرج فى الاطار العام لاجهزة الدولة .

وفى رأينا أن المشروع العام الذى لا يدخل ضمن اطار أجهزة الدولة و لايعد مرفقا من مرافقها لا يجوز معاملته فى المجال الدولى كجزء لا يتجزأ من الدولة . وعلى ذلك يتعين عدم شمول هذا المشروع بالحصانة القضائية واخضاعه للقضاء الوطنى فى جميع المنازعات التى يكون طرفا فيها مثله فى ذلك مثل المشروعات الخاصة .

أما المشروع العام الذى يدخل ضمن الاطار المكون لاجهزة الدولة ، أى الذى يعتبر مرفقا من مرافق الدولة الاجنبية ، فان هذا المشروع يندمج فى شخصية الدولة ويتعين معاملته معاملة الدولة ، فتقرر له الحصانة فى رأينا وفقا لنفس المعيار الذى تتقرر به حصانة الدولة ، وهذا المعيار فى رأينا هو المعيار الوظيفى الذى سبق لنا الاشارة اليه .

ولكن كيف يقوم القاضى الوطنى بمعرفة ما اذا كان المشروع العام يعتبر مرفقا من مرافق الدولة بحيث يتعين معاملته فى المجال الدولى كجزء لا يتجزأ من الدولة الاجنبية التى ينتمى اليها ؟

هل يأخذ القاضى بوجهة نظر الدولة الاجنبية التى ينتمى اليهـا المشروع العام أم هل يأخذ بوجهة نظر دولته هو فى تحديد المشروعات التى ترقى الى مرتبة مرافق الدولة ؟

لما كانت المشكلة تتعلق بتحديد ما يعتبر من مرافق الدولة الاجنبية فمن الطبيعى أن نرجع الى النظام القانونى فى الدولة الاجنبية لمعرفة ما اذا كان هذا المشروع العام يدخل ضمن مرافق هذه الدولة أم لا . فمبدأ حرية الدولة فى تحديد اختصاصها يقتضى أن نترك لها حرية تحديد المشروعات العامة التى تعد ضمن مرافقها . فاذا ما قررت الدولة الاجنبية أن مشروعا عاما معينا يدخل ضمن نطاق مرافقها تعين على القاضى الوطنى احترام هذا القرار ومعاملة المشروع العام الاجنبى نفس المعاملة التى كان سيعامل بها الدولة الاجنبية اذا كانت هى الطرف فى النزاع .

٣١٩ — غير أنه من المتصور أن يمتنع القاضى الوطنى عن تقرير الحصانة القضائية للمشروع العام على الرغم من أن الدولة الاجنبية تعتبره من مرافقها اذا كانت وجهة نظر الدولة الاجنبية فيمـا يتعلق بتحديد مرافقها تتعارض تعارضا تاما مع وجهة نظر دولة القاضى . ولا يعد امتناع القاضى هذا عن تقرير الحصانة اعتداء على حرية الدولة الاجنبية فى تحديد ما يعد من مرافقها اذ أن القاضى الوطنى لا ينازع هنا فى حق الدولة الاجنبية فى تحديد مرافقها ، وانمـا يرفض فقط

الاعتراف بالآثار القانونية التى تترتب على هـذا التحديد فى اقليم دولته هو ، أى يرفض شمول نشاط مثل هـذه المشروعات العـامة بالحصـانة (١) .

يتضح مما تقدم أن مشكلة تمتع المشروع العام الاجنبى بالحصانة القضائية ترتبط فى رأينا بتحديد ما اذا كان المشروع العام يعتبر مرفقا من مرافق الدولة الاجنبية . فاذا اعتبر كذلك سرت فى مواجهته أحكام الحصانة القضائية التى تسرى بالنسبة للدولة التابع لها . واذا لم يعتبر كذلك عومل معاملة المشروعات الخاصة ، أى خضـع لولاية القضـاء الوطنى (٢) .

**ثالثا : حصانة الدولة الاجنبية ومشروعاتها العامة ضد اجراءات التنفيذ**

٣٢٠ — قد يبدو غريبا التفرقة بين حصانة الدولة القضائية وحصانة الدولة ضد اجراءات التنفيذ . غير أنه بامعان النظر يتضح أن اجراءات التنفيذ تمثل اعتداء مباشرا وتهدد سيادة الدولة الموجهة اليهـا هـذه

---

(١) انظر فى دراسة مختلف انواع المشروعات العامة

Bredin : L'entreprise semi-publique et publique et le droit privé (1957).

وانظر مجموعة الدراسـات المقارنة فى :

Hanson : Public enterprise (1955).

وانظر فيما يتعلق بالمشروعات العامة فى الدول ذات النظم الاشتراكية :

Goppold : Der Staatsbetrieb als Juristiche Person in Sowietishen Zivilrecht.

انظر فى تفاصيل هذا الراى :

Fouad Riad : L'entreprise publique et semi-publique en droit international privé.

منشور فى :

Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, 1963, tome I.

الاجراءات بشكل ملموس يفوق اجراءات الدعوى القضائية التى لا تمثل اعتداءا ماديا على الدولة • لذلك استقر القضاء والفقه حتى عهد قريب على اعتبار حصانة الدولة ضد التنفيذ حصانة مطلقة تتمتع بها الدولة حتى فى الحالات التى لا تتمتع فيها بالحصانة القضائية ، وأيا كان نوع النشاط الذى صدر بشأنه الحكم المراد تنفيذه • وعلى ذلك فاذا صدر حكم قضائى ضد دولة أجنبية تم تنازلها عن حصانتها القضائية كان هذا الحكم غير قابل للتنفيذ على أموال هذه الدولة ما لم تقبل صراحة التنازل كذلك عن حصانتها ضد اجراءات التنفيذ •

وقد أكدت اتفاقية فيينا السالفة الذكر هذا المعنى فى المادة ٤/٣٢ اذ نصت على أن التنازل عن الحصانة القضائية بصدد دعوى معينة لا يفيد التنازل عن الحصانة الخاصة باجراءات التنفيذ •

٣٢١ — بيد أن التفرقة بين الحصانة القضائية وبين الحصانة ضد التنفيذ أمر لا يخلو مع ذلك من التناقض • اذ ما جدوى السماح للقضاء الوطنى بالنظر فى نزاع معين واصدار حكم بشأنه ضد دولة أجنبية اذا كان من المؤكد مقدما استحالة تنفيذ هذا الحكم • والواقع أن دخول الدولة فى معترك التجارة الدولية وقيامها هى ومشروعاتها العامة بنشاط لا يختلف عن نشاط أشخاص القانون الخاص يحتم عدم السماح لاى من أطراف المعاملة فى المجال الدولى بالهروب من المسئولية • وقد دعى ذلك الى العدول عن فكرة الحصانة القضائية المطلقة على النحو الذى رأيناه • غير أن تقييد هذه الحصانة يظل عديم الجدوى اذا كان الحكم الصادر غير قابل للتنفيذ بسبب ما تتمتع به الدولة أو مشروعاتها العامة من حصانة مطلقة ضد التنفيذ •

٣٢٢ — لذلك ذهب بعض الفقه الحديث وقضاء بعض الدول الى وجوب تقييد حصانة الدولة ضد التنفيذ كذلك • غير أنهم لم يتفقوا على معيار واحد لتحديد الحالات التى يجوز فيها التنفيذ على أموال الدولة الاجنبية • فذهب فريق الى الاخذ بمعيار مستمد من طبيعة المال المطلوب التنفيذ عليه بحيث لا يتمتع بالحصانة الا ما يدخل فى اطار

المال العام فقط • وذهب فريق آخر الى تبنى معيار مستمد من طبيعة النشاط الذى خصص له المال المطلوب التنفيذ عليه ، بمعنى أن الدولة الاجنبية لا تستفيد من الحصانة ضد التنفيذ « اذا كان المال محل التنفيذ قد خصص لنشاط اقتصادى أو تجارى يدخل فى نطاق القانون الخاص » (١) •

أما اذا كان الحكم الصادر متعلقا بنشاط احدى المشروعات العامة للدولة الاجنبية ، فانه يجوز التنفيذ على أموال مملوكة لهذا المشروع اذا كان « النشاط الرئيسى المخصصة له الاموال المراد التنفيذ عليها داخلا فى اطار القانون الخاص (٢) •

وقد اتجه العديد من التشريعات الحديثة أخيرا الى تقييد حصانة الدولة ضد التنفيذ • ولا شك ان هذا الاتجاه يرفع التناقض بين نوعى الحصانة ويزيل العقبة التى شكلتها الحصانة المطلقة للدولة ضد اجراءات التنفيذ فى مجال التجارة الدولية (٣) •

---

(١) حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر فى ١٤ مايو سنة ١٩٨٤ . منشور فى مجلة Clunet سنة ١٩٨٤ صفحة ٥٩٨ .

(٢) حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر فى أول اكتوبر سنة ١٩٨٥ منشور فى Clunet سنة ١٩٨٦ صفحة ١٩٧٠ .

(٣) أنظر فى تفاصيل هذا الموضوع محاضرات الدكتور فؤاد عبد المنعم رياض لقسم الدكتوراه بجامعة باريس سنة ١٩٨٧ صفحة ٦٠ .

وأنظر فى الفقه المصرى الحديث الدكتورة حفيظة الحداد القانون القضائى الخاص الدولى صفحة ٢٠٧ وما بعدها .

## المبحث الرابع

## الاحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية (١)

### المطلب الاول

### فى مدى قبول الدفع بالاحالة

٣٢٣ — لا شك أن التعايش المشترك بين النظم القانونية وتنسيق التعاون فيما بينها فى مجال الاختصاص القضائى الدولى والفصل فى المنازعات ذات الطابع الدولى يقتضى قيام محاكم الدولة الاكثر ارتباطا بالنزاع والاكثر قدرة على كفالة آثار الحكم الصادر فى هذا النزاع بالانفراد بالنظر فى هذا النزاع • ومن ثم فانه اذا كان ذات النزاع مطروحا أمام محاكم دولتين فى نفس الوقت فانه يتعين قيام المحكمة الاقل ارتباطا بالنزاع باحالته الى محكمة الدولة الاكثر ارتباطا بالمنازعة أو الاكثر قدرة على كفالة آثار الحكم الممكن صدوره بشأن هذه المنازعة •

٣٢٤ — ومن المعلوم أن هذا المبدأ قد جرى العمل به فى مجال القانون الداخلى فى مختلف الدول • من ذلك ما تنص عليه المادة ١١٢ من قانون المرافعات المصرى من أنه « اذا رفع النزاع ذاته الى محكمتين وجب ابداء الدفع بالاحالة أمام المحكمة التى رفع اليها النزاع أخيرا للحكم فيه ••••• وتلتزم المحكمة المحال اليها الدعوى بنظرها » وبذلك تفادى المشرع صدور أحكام متناقضة فى المجال الداخلى وتفادى تكرار الاجراء دون داع • وقد أتى المشرع الفرنسى كذلك بنص مماثل فى المجال الداخلى فى المادة ١٠٠ من قانون المرافعات الفرنسى الجديد •

٣٢٥ — وجدير بالذكر أن قانون المرافعات المصرى القديم الصادر

---

(١) Litispendance International.

سنة ١٩٤٩ كان يتضمن نصاً يحقق فكرة الاحالة فى المجال الدولى كذلك اذ نصت المادة ٨٦٥ على أنه : « فى الاحوال المنصوص عليها فى المادتين ٨٦١/٢ و ٨٦٢ وحيث يكون القانون واجب التطبيق هو قانون الدولة التى ينتمى اليها جميع الخصوم بجنسيتهم يجوز للمحكمة مراعاة لحسن سير العدالة أن تكلف المدعى رفع دعواه أمام محاكم هذه الدولة اذا كان رفعها اليها جائزا » • بل ان المحاكم المختلطة فى مصر قضت صراحة بقبول الدفع بالاحالة لقيام ذات النزاع أمام قضاء دولة أخرى باعتبار أن ذلك أمر يفرضه النظام العام ويتطلبه منع تعارض الاحكام (١) •

٣٢٦ — غير أن قانون المرافعات المصرى الحالى لم يأت بأى نص يستفاد منه وجوب أو جواز قبول أو عدم قبول احالة النزاع الى محاكم دولة أجنبية • وعلى ذلك استقر الفقه المصرى خلال فترة طويلة على رفض قبول مثل هذا الدفع (٢) حاذيا بذلك حذو الفقه التقليدى فى فرنسا (٣) • وقد استند هذا الفقه فى رفضه الاحالة فى مجال الاختصاص القضائى الدولى الى العديد من الحجج أهمها أن الدفع بالاحالة يشكل مساسا بسيادة الدولة المطلوب فيها احالة النزاع الى محاكم دولة أخرى • هذا فضلا عن اختلاف المعطيات بين الاختصاص الداخلى الذى

---

(١) حكم محكمة الاسكندرية التجارية المختلطة فى ٢٢ فبراير سنة ١٩٢٢ منشور فى :

Clunet 1922 P. 1043.

(٢) انظر الدكتور حامد زكى : القانون الدولى الخاص فقرة ٣٦٠ ، والدكتور جابر جاد عبد الرحمن : القانون الدولى الخاص العربى ( الجزء الرابع ) صفحة ٤٦ ، والدكتور عز الدين عبد الله : القانون الدولى الخاص ( الجزء الثانى ) الطبعة السادسة صفحة ٥٣١ ، والدكتور محمد كمال فهمى : اصول القانون الدولى الخاص فقرة ٤٤٩ .

(٣) انظر فى ذلك :

Niloyet : Traité de droit international privé.

الجزء السادس صفحة ٤٠٣ .

استقر الاخذ فيه بالاحالة وبين الاختصاص الدولى • فالاختصاص القضائى الدولى لا توجد بشأنه سلطة عليا تتولى توزيع ولاية القضاء بين محاكم الدول المختلفة بخلاف الحال بالنسبة للاختصاص القضائى الداخلى • كما أنه لا يخشى من صدور الاحكام المتعارضة فى المجال الدولى نظرا لان الحكم الصادر فى دولة ما لا يلقى تنفيذا فى دولة أخرى الا اذا توافرت فيه شروط تنفيذ الاحكام الاجنبية ومن بينها شرط عدم التعارض مع حكم وطنى صادر فى نفس النزاع • ويضاف الى ذلك حجة نفسية مقتضاها أن المحاكم الوطنية أكثر كفاءة وقدرة على تحقيق العدالة فضلا عن خشية عدم توافر الضمانات اللازمة لصحة هذه الاحكام الاجنبية من الناحية الاجرائية •

٣٢٧ — بيد أن هذه الحجج لم تقف عقبة فى سبيل تطور الفقه والقضاء فى ضوء الهدف الرئيسى للقانون الدولى الخاص نحو تحقيق التعايش المشترك بين النظم القانونية المختلفة وارساء دعائم التعاون فيما بينها فى مجال الاختصاص القضائى الدولى • فلم تعد فكرة سيادة الدولة هى الاساس فى رسم حدود الاختصاص القضائى لمحاكم الدولة بل أصبح الاساس كما سبق أن بينا هو ارتباط النزاع بالدولة وقدرة هذه الدولة على كفالة آثار الحكم الصادر فيها • ولا مجال للقول بعدم وجود سلطة عليا لتحديد الاختصاص القضائى فى المجال الدولى اذ أن ذلك يكون على العكس مدعاة لتعاون الدول فيما بينها لتحقيق حسن سير العدالة فى المجال الدولى عن طريق قبول الدفع بالاحالة اذا كانت محاكم احداها أقدر على الفصل فى النزاع وكفالة آثار الحكم الصادر فيه •

٣٢٨ — كذلك يمكن القول بأن خطر التعارض بين الاحكام الذى حدا الى الاخذ بالاحالة فى مجال الاختصاص القضائى الداخلى كامن أيضا فى المجال الدولى ويهدد الاستقرار اللازم فى مجال المعاملات الدولية • ذلك أن عدم امكان تنفيذ الحكم الاجنبى المتعارض مع الحكم الوطنى داخل حدود الدولة لا ينفى وجود هذا التضارب فى المجال

الدولى ، أى وجود حكمين متعارضين لكل منهما فاعلية فى نطاق الدولة التى صدر بها مما يشوب المعاملات الدولية بعدم الاستقرار .

٣٢٩ — ويضيف البعض فى سبيل تدعيم وجوب قبول الدفع بالاحالة أن قبول هذا الدفع وسيلة فعالة لمقاومة الغش نحو الاختصاص (١) . ذلك أن المدعى قد يلجأ الى قضاء دولة ما رغم عدم وجود رابطة حقيقية بينها وبين النزاع لعلمه بامكان صدور الحكم لصالحه من محاكمها متخطيا بذلك محاكم الدولة الاكثر صلة بالنزاع . وفى قبول الدفع بالاحالة حينئذ رد للامور الى نصابها وردع للمدعى سىء النية ومنع للتلاعب بقواعد الاختصاص القضائى فى المجال الدولى . وغنى عن البيان أنه لا مصلحة للدولة فى أن تصدر أحكاما عديمة القيمة من الناحية العملية ، ومن ثم فالاولى بها احالة النزاع الى المحكمة الاكثر قدرة على كفالة آثار هذا الحكم .

٣٣٠ — أما التخوف وسوء الظنة بالاحكام الصادرة من المحاكم الاجنبية فهو أمر لم يعد له مجال فى المجتمع الدولى الحديث حيث لا يصح الاحتجاج باختلاف مستوى العدالة أو الحضارة بين الدول والاستناد الى ذلك لرفض التعاون فى مجال الاختصاص القضائى الدولى اللازم لاضطراد المعاملات الدولية ، خاصة وأن فى شروط تنفيذ الاحكام الاجنبية ما يكفل حماية الدولة من الاحكام الغير سليمة كما سنوضح عند الكلام عن تنفيذ الاحكام الاجنبية .

٣٣١ — لذلك عدل العديد من التشريعات الحديثة عن الموقف التقليدى فى رفض الدفع بالاحالة ونصت صراحة على جواز قبول هذا الدفع لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية . من ذلك التشريع الالمانى

---

(١) Forum Shopping.

انظر فى ذلك دكتورة حفيظة الحداد . القانون القضائى الخاص الدولى . صفحة ١٦٦ .

والتشريع السويسرى والتشريع المجرى (١) • بل ان الاتفاقات الدولية الحديثة فى مجال الاختصاص القضائى الدولى تنص صراحة على وجوب قبول هذا الدفع • من ذلك بصفة خاصة الاتفاقية المبرمة بين دول السوق الاوربية المشتركة فى ٢٧ سبتمبر سنة ١٩٦٨ والخاصة بالاختصاص القضائى وتنفيذ الاحكام فى المسائل المدنية والتجارية ( م ٢١ ) • كذلك بدأ القضاء واتفاقية لاهاى الدولية بشأن الاعتراف وتنفيذ الاحكام الاجنبية (٢) • كذلك بدأ القضاء الفرنسى فى التحول عن موقفه التقليدى برفض قبول الدفع بالاحالة ابتداء من سنة ١٩٦٢ واستقرت أحكامه الحديثة على قبول هذا الدفع كما سار فى نفس النهج القضاء الانجليزى منذ عام ١٩٧٣ (٣) •

٣٣٢ — وتؤيد الغالبية العظمى من الفقه الفرنسى الحديث قبول الدفع بالاحالة كما تؤيده غالبية الفقه المصرى الحديث (٤) •

---

(١) غير انه لا زالت هناك تشريعات تنص صراحة على رفض الدفع بالاحالة لقيام ذات النزاع امام محكمة اجنبية ، من ذلك قانون المرافعات الايطالى الصادر سنة ١٩٤٢ ( م ٣ ) .

(٢) تقضى المادة ٢٠ من الاتفاقية المذكورة بأنه « ... يجوز اذا ما رفعت دعوى امام السلطة القضائية لاحدى الدولتين أن تتخلى عن نظرها أو توقف الفصل فيها اذا كانت هناك دعوى اخرى قائمة بين الخصوم انفسهم عن ذات الوقائع ولها ذات الموضوع امام محكمة الدولة الاخرى بشرط ان يكون من شأن هذه الدعوى أن تؤدى الى حكم يتعين على سلطة الدولة الاولى ان تعترف به طبقا للاتفاقية » .

(٣) انظر الاحكام المشار اليها فى مؤلف الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة : أصول المرافعات المدنية الدولية صفحة ٢٤٠ و ٢٤١ .

(٤) وجدير بالذكر ان أول من نادى بوجوب قبول الدفع بالاحالة فى الفقه المصرى هو الاستاذ الدكتور هشام على صادق . فى مؤلفه : تنازع الاختصاص القضائى الدولى صفحة ١٤٥ . ويؤيد هذا الاتجاه الدكتور احمد قسمت الجداوى : مبادىء الاختصاص القضائى الدولى وتنفيذ الاحكام الاجنبية صفحة ١٥٦ ، والدكتور ماهر ابراهيم السداوى : الدفع بالاحالة لقيام ذات النزاع امام محكمة اجنبية ، والدكتور احمد عبد الكريم سلامة :

=

واذا كان القضاء المصرى الحديث لم يحسم الامر بعد الا أنه يجدر الاشادة بأنه كان له فضل السبق فى الحكم بقبول الدفع بالاحالة ابان فترة المحاكم المختلطة كما سبق البيان •

ويجدر بالقضاء المصرى مسايرة التطور الدولى فى هذا المجال وقبول الدفع بالاحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية عند توافر الشروط التى سنبينها ، خاصة وأن المشرع المصرى لم يأت فى قانون المرافعات الحالى بأى نص يحول دون قبول هذا الدفع كما فعل المشرع الإيطالى الذى نص صراحة على وجوب رفض هذا الدفع •

## المطلب الثانى

## فى شروط قبول الدفع بالاحالة

**٣٣٣ — يتعين لقبول الدفع بالاحالة توافر عدة شروط :**

**الشرط الاول :** يتلخص فى وجوب تعلق الامر بدعوى واحدة خاصة بنزاع قائم أمام المحاكم الوطنية والمحاكم الاجنبية • وتكون الدعوى واحدة اذا اتحد المحل والسبب والاطراف • وعلى ذلك يتعين عدم قبول الدفع بالاحالة اذا اختلف الخصوم فى الدعويين أو اذا انعدم وحدة المحل أو الموضوع فى الدعويين أو لم يكن السبب واحدا • ويعتبر هذا الشرط متخلفا اذا لم تكن الدعوى قائمة فى نفس الوقت أمام

---

اصول المرافعات المدنية الدولية صفحة ٢٣٩ ، والدكتور عكاشة عبد العال : الاجراءات المدنية والتجارية الدولية صفحة ١٧٠ ، والدكتورة حفيظة السيد الحداد : القانون القضائى الخاص الدولى صفحة ١٥٢ • غير أن اقلية من الفقه المصرى الحديث ترفض هذا الاتجاه ، انظر الدكتور ابراهيم احمد ابراهيم : الاختصاص القضائى الدولى والآثار الدولية للاحكام صفحة ٧٦ وما بعدها •

محاكم الدولتين . كما لو كانت قد شطبت أو صدر بشأنها حكم نهائى فى احدى الدولتين .

٣٣٤ — وقد ثار التساؤل عما اذا كان يتعين لقبول هذا الدفع أمام القضاء الوطنى أن تكون الدعوى قد رفعت ابتداء أمام القضاء الاجنبى ، بحيث اذا كانت الدعوى قد رفعت أمام القضاء الوطنى قبل رفعها أمام القضاء الاجنبى لما جاز قبول الدفع بالاحالة الى القضاء الاجنبى .

لا شك أننا لو أخذنا بمعيار الاسبقية الزمنية فى رفع الدعوى لامكن القول بعدم امكان قبول الدفع بالاحالة الى محاكم الدولة الاجنبية الا اذا كانت الدعوى قد رفعت أمام هذه الاخيرة ابتداء ، خاصة وأن القول بعكس ذلك — أى بقبول الدفع رغم رفع الدعوى أولا أمام المحاكم الوطنية — قد يكون من شأنه السماح للمتقاضى سىء النية بالهروب من ولاية القضاء الوطنى وذلك برفعه الدعوى فى تاريخ لاحق أمام المحاكم الاجنبية .

٣٣٥ — غير أننا نرى عدم وجوب الاعتداد بالاسبقية الزمنية كمعيار لقبول الدفع ، بل يجب أن يكون المعيار هو كون المحكمة الاجنبية المطلوب احالة النزاع اليها أقدر على الفصل فى الدعوى وكفالة آثار الحكم الصادر بشأنها بغض النظر عن كون النزاع قد رفع أمامها أولا أم رفع أمام المحاكم الوطنية . وبعبارة أخرى فانه يتعين فى رأينا قبول الدفع بالاحالة حتى ولو كان النزاع قد رفع أولا أمام القضاء الوطنى اذا تبين أن القضاء الوطنى غير قادر على كفالة آثار الحكم الذى سيصدر منه (١) .

---

(١) قارن فى هذا الرأى دكتور هشام صادق المرجع السابق صفحة ١٥١ ودكتور ماهر السداوى المرجع السابق صفحة ١٨٧ ودكتور عكاشة عبد العال صفحة ١٨٨ المرجع السابق ودكتورة حفيظة الحداد المرجع السابق صفحة ١٦٨ .

واذا حدث وتوافرت لكل من المحكمتين القدرة المتساوية على كفالة آثار الحكم الصادر منها فنرى مع فريق من الفقه وجوب تفضيل ابداء الدفع بالاحالة أمـــام المحكمة التى لم تقطع شـــوطا كبيرا فى تحقيق الدعوى واحالة النزاع الى المحكمة التى شارفت على الانتهاء من نظر الدعوى دون اعتداد بفكرة الاسبقية فى رفع الدعوى .

**٣٣٦ — الشرط الثانى : أن يتوافر الاختصاص للقضـــاء الوطنى والقضاء الاجنبى فى نفس الوقت .**

ويتحدد اختصاص المحاكم الوطنية وفقـــا لقواعد الاختصـــاص فى القانون الوطنى . أما اختصاص المحاكم الاجنبية فيثور التساؤل عما اذا كان يتعين التحقق من توافره وفقا لقواعد الاختصاص فى القانون الوطنى أم فى قانون الدولة الاجنبية التابعة لها هذه المحاكم .

لا شك أن القول بتحديد اختصاص المحكمة الاجنبية المراد احالة النزاع اليها وفقا لقانون القاضى الوطنى يتعارض مع مبدأ انفراد كل دولة بتحديد الاختصاص القضائى الدولى لمحاكمهـــا . ولا يتصـــور خضوع محاكم دولة أجنبية فى تحديد اختصاصها للامر الصادر من المشرع المصرى مثلا . وعلى ذلك يتعين الرجوع الى قواعد الاختصاص القضائى فى الدولة الاجنبية ذاتها لتحديد ما اذا كانت محاكم هـــذه الدولة مختصة بنظر النزاع . غير أنه توجد حـــالات يعتبر فيهـــا اختصاص المحاكم الوطنية مانعا أى مقصورا عليهـــا بسبب ما لهـــذه الحالات من صلة وثيقة بالنظام الوطنى أو لتعلقها بالنظام العـــام فى الدولة كما سنوضح عند الكلام عن تنفيذ الاحكام الاجنبية ، مما يستتبع عدم قبول الاحالة الى المحاكم الاجنبية بالنسبة لهذه الحالات ، ونرى وجوب عدم التوسع فى هذه الحالات بل قصرها على حالة واحدة هى تعلق النزاع بعقار كائن بالاقليم المصرى نظرا لارتباط هـــذه الحالة الوثيق بكيان الدولة ونظامها الاقتصادى . أما ما عدا ذلك من حالات الاختصاص الدولى للمحاكم المصرية فيجدر عدم اعتبارها من قبيل

الاختصاص المانع • ويتعين حينئذ قبول الدفع بالاحالة اذا كانت المنازعة تدخل كذلك فى اختصاص المحاكم الاجنبية وفقا لقانونها •

غير أنه قد يحدث أن يكون الاختصاص قد انعقد للمحاكم الاجنبية عن طريق التحايل على قواعد الاختصاص الاجنبيـــة وذلك بقصـــد الاضرار بالخصم وحينئذ يتعين عدم قبول الدفع بالاحالة رغم ثبوت الاختصاص للمحكمة الاجنبية وفقا لقانونها (١) •

**٣٣٧ — أما الشرط الثالث :** فقد نص عليه القانون الالمانى والقانون السويسرى والقانون النمساوى والعديد من الاتفاقيات الدولية كما جرى عليه القضاء فى فرنسا ، ومقتضاه أن يكون الحكم الذى ستصدره المحكمة الاجنبية المحال اليها الدعوى قابلا للتنفيذ والاعتراف به لدى الدولة التى قامت محاكمها باحالة النزاع الى المحكمة الاجنبية •

ومن الواضح أن هذا الشرط صعب التحقيق من النـاحية العملية اذ أنه لم يصدر بعد حكم حتى يتسنى للقضاء الوطنى تحديد مـدى قابليته للتنفيذ • لذلك نرى مع فريق من الفقه أن العبرة ليست بتقييم الحكم الذى سيصدر مستقبلا وانما الذى يتعين تقييمه هو الاجراءات التى تمت فى الدعوى المنظورة أمـام المحكمة الاجنبيـــة بمعنى أنه « يجب أن يقتصر القاضى الذى يدفع أمامه بالاحالة على التأكد من أن الاجراءات أمام المحكمة الاجنبية بها الضمانات الـكافية لحمـاية الخصـــوم » (٢) •

---

(١) انظر فى ذلك :

Batiffol et Lagarde :

Droit International Privé.

الجزء الثانى ( الطبعة السابعة ) فقرة ٦٧٦

(٢) انظر الدكتور احمد عبد الكريم ســلامة : المرجـع الســابق صفحة ٢٤٧ .

٣٣٨ — ويثور التساؤل أخيرا عما اذا كان قبول القاضى الوطنى للدفع بالاحالة أمرا جوازيا متروك لتقديره أم أنه التزام يتعين عليه القيام به اذا توافرت شروطه.

ذهبت الاتفاقية الاوربية المبرمة فى ٢٧ سبتمبر سنة ١٩٦٨ (م ٢١) كما ذهبت محكمة النقض الفرنسية فى حكم حديث لها صادر فى ٣ ابريل سنة ١٩٧٨ الى أن قبول الدفع بالاحالة يشكل التزاما على المحكمة، بل أنه يتعين عليها القيام به من تلقاء نفسها . ويؤيد هذا الاتجاه فريق من الفقه تأسيسا على أن الدفع بالاحالة يشكل قاعدة من قواعد الاجراءات الملزمة وبالتالى يتعين على القاضى احالة النزاع الى القضاء الاجنبى اذا توافرت الشروط ولو من تلقاء نفسه (١) .

غير أن فريقا آخر من الفقه فى فرنسا ومصر (٢) لا يؤيد هذا الرأى ويرى عدم التزام القاضى الذى يدفع أمامه بالاحالة باتخاذ هذا الاجراء . فالامر جوازى بالنسبة له أى هو مجرد رخصة للقاضى يقرر فيها فى ضوء معطيات كل نزاع ما اذا كان من حسن سير العدالة الاستمرار فى نظر الدعوى أو قبول الدفع بالاحالة الى محكمة أجنبية .

٣٣٩ — ونحن نميل الى الاخذ بالرأى الذى يعتبر الحكم بالاحالة التزاما على القاضى وليس مجرد رخصة له . ذلك أن الامر فى الواقع

---

(١) انظر :
Arminjon : Précis de droit international privé.

الجزء الثالث صفحة ٢٦٠ . وانظر كذلك الدكتور هشام صادق المرجع السابق صفحة ١٤١ .

(٢) انظر : المرجع السابق فقرة ٦٧٦ Batiffol et Lagarde
وانظر كذلك : فقرة ٤٢٤
Pierre mayer : Droit International privé.

وانظر فى الفقه المصرى الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة المرجع السابق صفحة ٢٥٢ والدكتور عكاشة عبد العال المرجع السابق صفحة ١٨٩ .

يتعلق بتوزيع الاختصاص القضائى بين مختلف النظم القانونية ومنع تضارب الاحكام الصادرة من محاكم الدول المختلفة ، لما فى ذلك من مساس بالامان القانونى فى مجال المعاملات الدولية . وهذا أمر يتعين فى رأينا وضع ضوابط ثابتة له وعدم تركه لتقدير كل قاض على حدة . وقد رأينا أنه يتعين على القاضى المطلوب منه احالة النزاع التحقق من توافر العديد من الشروط التى تمنع تحايل المتقاضين كما تستجيب للهدف الذى تسعى اليه قواعد القانون الدولى الخاص . ومن ثم فلا محل لترك الامر لسلطة القاضى التقديرية اذا ما توافرت شروط قبول هـذا الدفع ، كما يتعين بالتالى خضوع حكم القاضى فى هذا الشأن لرقابة محكمة النقض .

## الفصل الثانى

## ضوابط الاختصاص القضائى الدولى فى القانون المصرى والقانون المقارن

٣٤٠ ــ بينا فى الفصل السابق مدى حرية الدولة فى تحديد الاختصاص الدولى لمحاكمها ورأينا أن هذا الاختصاص يدور حول أصول عامة اذا لم تتوافر كان الحكم الصادر من محاكم الدولة عديم القيمة فى المجال الدولى .

وسنقسم كافة حالات اختصاص المحاكم المصرية الى فئات أربع رئيسية تستمد من هذه الاصول . والواقع أن القواعد التى أتى بهـا المشرع المصرى فى هذا الصدد تتفق فى الكثير منها مع القواعد المتعارف عليها فى كافة الدول .

وفى ضوء ما تقدم يمكن رد مختلف ضوابط الاختصاص القضائى الدولى الى الفئات الاربع الآتية :

أولا : ضوابط للاختصاص القضائى الدولى مبنية على سيادة الدولة الاقليمية أو الشخصية .

ثانيا : ضوابط للاختصاص القضائى الدولى مشتقة من طبيعة النزاع أو من ارتباطه بالنظام القانونى الوطنى .

ثالثا : ضوابط للاختصاص يتطلبها فن تنظيم الخصومة أو حسن أداء العدالة .

رابعا : ضوابط للاختصاص تقوم على ارادة الخصوم .

## المبحث الاول

## ضوابط الاختصاص المبنية على سيادة الدولة الاقليمية أو الشخصية

### ١ — موطن المدعى عليه :

٣٤١ — يعتبر موطن المدعى عليه من أهم الضوابط التى يقوم عليها الاختصاص القضائى الدولى فى كافة الدول . كما أنه يعد ، كما هو معلوم ، من أهم الاسس التى يقوم عليها الاختصاص القضائى الداخلى . ويرجع تاريخ قاعدة اختصاص محكمة موطن المدعى عليه للقانون الرومانى الذى كان يقضى بأن المدعى يسعى الى المدعى عليه فى محكمته :
Actor Sequitor Forum Rei

ويتضح من الدراسة المقارنة أن معظم التشريعات الحديثة قد أخذت بهذه القاعدة (١) . وأساس الاخذ بهذا الضابط هو مبدأ قوة النفاذ

---

(١) انظر اهمية موطن المدعى عليه كضابط للاختصاص القضائى الدولى فى القانون المقارن .

Fragistas : La Compétence Internationale en Droit Privé :

السابق الاشارة اليه اذ أن محكمة موطن المدعى عليه هى أقدر المحاكم على الزام المدعى عليه بالحكم الصادر منها بما لها من سلطة فعلية عليه ، وهى أقدر محكمة على كفالة آثار الحكم الصادر منها باعتبار أن موطن المدعى عليه هو المكان الذى تتركز فيه مصالحه وأوجه نشاطه (١) .

ومن المعلوم أن قاعدة اختصاص محكمة موطن المدعى عليه من القواعد الاساسية فى مجال الاختصاص الداخلى وهى مبنية على أساس أن المدعى عليه يعتبر برىء الذمة حتى يثبت العكس وليس من العدل أن نحمله مشقة الانتقال الى محكمة غير محكمة موطنه قبل أن تثبت مسئوليته . ولا شك أن هذه الحجة أكثر وجاهة فى المجال الدولى عنهـا فى المجال الداخلى اذ أن انتقال المدعى عليه الى محكمة دولة غير تلك التى يوجد بها موطنه والدفاع عن نفسه أمامها يشكل صعوبة أكبر من مجرد انتقاله أمام محكمة أخرى داخل نفس الدولة (٢) .

---

مجموعة محاضرات اكاديمية القانون الدولى بلاهاى سنة ١٩٦١ الجزء الثالث صفحة ١٩٩ وقد اخذ المشرع الفرنسى بهـذا الضـابط فى قانون المرافعات الجديد الصادر ١٩٧٥ ( المادة ٤٢ فقرة ١ ) كما اخذ بهـا المشرع الايطالى فى قانون المرافعات الصادر ١٩٤٢ ( المادة ٤ فقرة ١ ) .

(١) ومن البديهى امكان الاستناد الى مبدأ سيادة الدولة على اقليمها للاخذ بضابط موطن المدعى عليه فى تحديد اختصاص محاكم الدولة غير أن الاستناد الى هذا المبدأ يتقيد بالاعتبارات الاساسية التى يقوم عليها هذا الاختصاص ، فمنطق فكرة سيادة الدولة على اقليمها كان يجب أن يؤدى الى عقد الاختصاص لمحاكم الدولة كذلك على اساس وجود موطن المدعى بها . غير ان الاصول العامة المذكورة اعلاه واهمهـا وجوب كفالة المحكمة لآثار الحكم الصادر منها وتيسير الدفاع للمدعى عليه الذى تفترض فيه براءة الذمة يتعارض مع اتخاذ موطن المدعى ضابطا للاختصاص القضائى مما حـدا بغالبية الدول الى عدم الاخذ بهذا الضابط الا استثناءا كما سنرى فى التشريع المصرى .

(٢) أنظر ذلك Gutteridge .
Le Conflit de Lois et la Competence judiciaire dans les actions

٣٤٢ — وتقضى المادة ٢٩ من قانون المرافعات المدنية والتجـارية المصرى الصادر فى ٩ مايو سنة ١٩٦٨ بأنه « تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التى ترفع على الاجنبى الذى له موطن أو محل اقامة فى الجمهورية وذلك فيما عدا الدعاوى العقـارية المتعلقة بعقار واقع فى الخـارج » .

ويثور السؤال بادىء ذى بدء حول المقصود بموطن المدعى عليه . ويعد تحديد معنى الموطن مسألة تكييف يحكمها القانون الذى يحكم التكييف وهو كما هو معلوم قانون القاضى المعروض عليه النزاع أى القانون المصرى (١) .

وتقضى المادة ٤٠ من القانون المدنى المصرى بأن « الموطن هو المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة » ويمكن أن نطلق عليه الموطن العام . وهو يقوم على عنصرين : العنصر المادى ويقصد به الوجود فى اقليم الدولة أو الاقامة فيها . والعنصر المعنوى وهو نية البقاء والاستقرار فى هذا الاقليم .

وقد لايكون للشخص موطن عام فى مصر ولكنه يتخذ منها مع ذلك مقرا لمباشرة نشاط معين كتجارة أو حرفة وتنص المادة ٤١ من القانون المدنى على أنه « يعتبر المكان الذى يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة موطنا

---

personnelles.

مجموعة اكاديمية لاهاى العدد ٤٤ سنة١٩٣٣ الجزء الثانى ص١٦٠ حيث يبرز الصعوبات الناجمة فى هذا الصدد من بعد المسافة ومن جهل المدعى عليه بقوانين الدول الاخرى اذا ما رفعت الدعوى امام محاكم دولة أخرى غير محاكم دولة موطنه وكذلك جهله بنظامها القضائى وصعوبة اختيار من يقوم بالدفاع عنه فى الدولة الاجنبية .

(١) انظر فى ذلك حكم محكمة النقض فى القضية رقـم ٤ للسنة ٢٥ قضائية حيث أوضحت أن « فى تحـديد الاختصاص الخـارجى يطبق قاضى الموضوع قانونه الداخلى بشأن الموطن » .

بالنسبة الى ادارة الاعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة » • ويمكن اعتبار هذا النوع الاخير من الموطن من قبيل الموطن الخاص وتختص المحاكم المصرية فى كلتا الحالتين أى سواء كان للمدعى عليه موطن عام أو خاص فى مصر بالدعاوى التى ترفع عليه • غير أنها فى الحالة الثانية أى حالة الموطن الخاص للمدعى عليه فى مصر لا تختص الا بما يرفع عليه من دعاوى متعلقة بالتصرفات المرتبطة بهذا الموطن الخاص دون غيرهـا •

وقد لا يوجد للمدعى عليه موطن عام أو خاص فى مصر ولكن يكون له فيها موطنا مختارا • والموطن المختار كما عرفته المادة ٤٣ من القانون المدنى هو ما يختاره الشخص لتنفيذ عمل قانونى معين وتنص المادة المذكورة فى فقرتها الثالثة « الموطن المختار لتنفيذ عمل قانونى يكون هو الموطن بالنسبة لكل ما يتعلق بهذا العمل •••• » •

وتنص المادة ٣٠ من قانون المرافعات على أن « تختص محـاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التى ترفع على الاجنبى الذى ليس له موطن أو محل اقامة فى الجمهورية وذلك •••• اذا كان له فى الجمهورية موطن مختار »(١) • ولما كان الموطن المختار قاصرا على كل ما يتعلق بالعمل القانونى الذى تم اختيار هذا الموطن لتنفيذه كما أوضحت المادة ٤٣ مدنى السالفة الذكر فان اختصاص المحاكم المصرية يكون قاصرا على الدعاوى المرتبطة بهذا العمل القانونى •

٣٤٣ — غير أن المشرع لم يقتصر على الاخذ بضابط الموطن لعقد الاختصاص للمحاكم المصرية • بل اعتبر مجرد كون الاقليم المصرى

---

(١) وسنرى فيما بعد ان اختصاص المحاكم المصرية فى هذا الصدد انما يقوم فى الواقع على فكرة الخضوع الاختيارى للمحاكم المصرية من جانب المدعى عليه . فالاجنبى الذى ليس له موطن او محل اقامة فى مصر واختارها موطنا لتنفيذ عمل قانونى معين يكون قد قبل الخضوع بارادته لولاية المحاكم المصرية فى الدعاوى التى ترفع عليه بخصوص هذا العمل .

محل لاقامة المدعى عليه الاجنبى كافيا لعقد الاختصاص للمحاكم المصرية بشأن الدعاوى التى ترفع على هذا الاجنبى .

ومن المعلوم أن الاقامة تختلف عن الموطن اذ هى تقوم على العنصر المادى دون العنصر المعنوى أى دون أن يكون لدى الشخص نيــة الاستقرار ، فيعد اقليم الدولة محلا لاقامة الشخص لمجرد اقامته المادية بهذا الاقليم (١) ويلاحظ أن وجود المدعى عليه العارض باقليم الدولة أو مروره العابر لها لا يعتبر من قبيل الاقامة أو لا يجعل له محل اقامة فى مصر بالمعنى الذى تقصدته المادة ٢٩ من قانون المرافعات وبالتالى لا يترتب عليه عقد الاختصاص للمحاكم المصرية .

ومن النظم القانونية ما يكتفى لعقد الاختصاص لمحاكم الدولة بمجرد الوجود العارض كالنظام القانونى الانجليزى حيث يكفى المرور العابر للمدعى عليه باقليم الدولة أو التواجد العارض لعقد الاختصاص للمحاكم الانجليزية طالما تم الاعلان بالدعوى أثناء الوجود باقليم الدولة (٢) .

والواقع أن بناء الاختصاص الدولى لمحاكم الدولة على مجرد الوجود العارض لا يتفق مع أى من الاصول التى يقوم عليها الاختصاص القضائى الدولى والتى يستند اليها عقد الاختصاص للمحاكم المصرية اذا كان المدعى عليه له موطن أو محل اقامة بمصر ، واذا كان بالامكان تبرير اختصاص المحاكم المصرية فى حالة وجود محل اقامة للمدعى عليه فى مصر بفكرة قوة النفاذ وكذلك بفكرة عدم ارهاق المدعى عليه وتكليفه مشقة الانتقال الى دولة أخرى ، فانه لا مجال للاخذ بهذه الاعتبارات فى حالة التواجد العارض للمدعى عليه بالاقليم المصرى .

---

(١) ويؤيد فريق من الفقه أخذ المشرع المصرى بضابط الاقامة فقط فى عقد الاختصاص للمحاكم المصرية باعتبار ان ذلك يتمشى مع الدور المتزايد لفكرة الاقامة فى القانون الدولى الخاص على وجه العموم . انظر الدكتور عبد الكريم سلامة : محاضرات فى المرافعات المدنية الدولية ص ٨٠ .

(٢) انظر Morris The conflict of Laws 1980. ص ٦٥ .

**حالة تعدد المدعى عليهم :**

٣٤٤ — ولكنما الحكم اذا تعدد المدعى عليهم وكان لاحدهم فقط موطن أو محل اقامة فىمصر بينما موطن ومحل اقامة الآخرين فىالخارج ؟.

لا شك أن وحدة الخصومة وتلافى تضارب الاحكام تقتضى عقد الاختصاص لمحاكم الدولة بالنسبة لجميع المدعى عليهم طالما توافر ضابط الاختصاص بالنسبة لاحدهم . لذلك نص المشرع فى المادة ٣٠ فقرة ٩ من قانون المرافعات على اختصاص المحاكم المصرية بالدعاوى التى ترفع على الاجنبى الذى ليس له موطن أو محل اقامة فى مصر « اذا كان لاحد المدعى عليهم موطن أو محل اقامة فى مصر » أى أن المحاكم المصرية تختص بالنسبة للمدعى عليه الاجنبى الذى لم يكن ليخضع أصلا لولايتها وذلك بالتبعية للمدعى عليه الذى له موطن أو محل اقامة فى مصر . وهذا المبدأ كما هو معلوم مأخوذ به فى مجال الاختصاص المحلى الداخلى حيث تقضى المادة ٤٩ الفقرة الثامنة من قانون المرافعات بامكان رفع الدعوى على المدعى عليهم جميعا فى حالة تعددهم فى خصومة واحدة أمام المحكمة الكائن فى دائرتها موطن أحدهم (١) .

ويشترط لامكان امتداد اختصاص المحاكم المصرية للمدعى عليهم المتعددين أن يكون المدعى عليه المتوطن فى مصر أو الذى له فىمصر محل اقامة مختصما فى الدعوى بصفة أصلية . فاذا كان مختصما فى الدعوى بصفة تبعية فان المحاكم المصرية لا تختص بالنسبة لسائر المدعى عليهم .

كذلك يشترط لامكان اخضاع المدعى عليهم المتعددين المقيمين بالخارج لاختصاص المحاكم المصرية أن تشكل الطلبات الموجهة الى كل منهم وحدة

---

(١) مثال ذلك ان ترفع الدعوى على الشخص المتوطن فى مصر باعتباره كفيلا بينما المدين الاصلى مقيم بالخارج . ففى هذه الحالة يكون المدعى عليه المتوطن فى مصر مختصما بصفة تبعية او احتياطية مما لا يسوغ رفع الدعوى على المدعى عليه الاصلى الموجود فى الخارج .

تبرر جمعها فى دعوى واحدة يمكن رفعها أمام المحاكم المصرية أو أمام محكمة موطن أو محل اقامة أحدهم كما لو تعلقت جميع الطلبات بفعل ضار واحد (١) •

ويتعين لامكان امتداد اختصاص المحاكم المصرية للمدعى عليهم المتعددين الذين ليس لهم موطن أو محل اقامة فى مصر أن يكون اختصاص المحاكم المصرية بالنسبة لاحد المدعى عليهم مبنيا على وجود موطنه أو محل اقامته فى مصر • بمعنى أنه اذا كان اختصاص المحاكم المصرية بالنسبة لاحد المدعى عليهم قائم على أساس غير الموطن أو محل الاقامة كما لو كان قائما على خضوعه الاختيارى للمحاكم المصرية فان الاختصاص لا ينعقد للمحاكم المصرية بالنسبة لباقى المدعى عليهم (٢) •

**موطن الشخص الاعتبارى :**

٣٤٥ — ولم يفرق المشرع المصرى فى نص المادة ٢٩ من قانون المرافعات بين كون المدعى عليه الاجنبى شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا• بل اكتفى باشتراط أن يكون المدعى عليه له موطن أو محل اقامة فى مصر • ومن المعلوم أن الشخص الاعتبارى له موطن كالشخص الطبيعى سواء بسواء فتقضى المادة ٥٣ فقرة ثانية من القانون المدنى « بأن الشخص الاعتبارى يكون له •••• موطن مستقل » وعرفت نفس المادة موطن الشخص المعنوى بأنه « المكان الذى يوجد فيه مركز ادارته » • وعلى ذلك فان المحاكم المصرية تختص بالدعاوى التى ترفع على الاشخاص الاعتبارية أو الاشخاص المعنوية اذا كان مركز ادارتها الرئيسى فى مصر اذ يعتبر هذا المركز موطنا حكميا للشخص المعنوى •

---

(١) انظر الدكتور احمد عبد الكريم سلامة المرجع السابق ص ٨٤ •

(٢) انظر فى هذا المعنى الدكتور كمال فهمى اصول القانون الدولى الخاص سنة ١٩٧٨ ص ٦٢٧ •

واذا وجد مركز ادارة الشخص المعنوى الرئيسى فى الخارج ولكن كان لهذا الشخص نشاطا فى مصر فان المحاكم المصرية تختص كذلك بالدعاوى المرفوعة على هذا الشخص المعنوى تأسيسا على أن له موطنا فى مصر وذلك وفقا لنص المادة ٥٣ من القانون المدنى الذى يقضى « الشركات التى يكون مركزها الرئيسى بالخارج ولها نشاط فى مصر يعتبر مركز ادارتها بالنسبة للقانون الداخلى المكان الذى توجد فيه الادارة المحلية » (١) .

**الاستثناء : الدعاوى المتعلقة بعقار واقع فى الخارج :**

٣٤٦ — وقد استثنى المشرع فى المادة ٢٩ من قانون المرافعات السالفة الذكر من اختصاص المحاكم المصرية بصدد الدعاوى المرفوعة على أجنبى له موطن أو محل اقامة فى مصر « الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع فى الخارج » . فهذه الدعاوى لا تختص بها المحاكم المصرية ولو كان المدعى عليه متوطنا أو مقيما فى مصر . ويدخل فى نطاق هذا الاستثناء ثلاث أنواع من الدعاوى :

الاولى هى الدعاوى العينية العقارية وهى التى تهدف الى حماية حق عينى عقارى كحق الملكية وحق الانتفاع بالنسبة لعقار موجود فى الخارج ومن الطبيعى أن تخرج مثل هذه الدعاوى من اختصاص القضاء المصرى اذ من القواعد المستقرة فى القانون الدولى الخاص فى كافة الدول

---

(١) ويثور السؤال فى ظل الانفتاح الاقتصادى المتبع فى مصر فى الآونة الحالية حول مدى اختصاص المحاكم المصرية بالنسبة للشركات التى يوجد مركز ادارتها بالخارج وليس لها فى مصر الا وكالة او فرع . ونحن نرى انه يمكن فى ضوء نص المادة ٥٣ من القانون المدنى القول بان هذه الشركات موطنها الحكمى فى مصر بخصوص النشاط الذى تمارسه وبالتالى فانها تخضع لولاية القضاء المصرى .

أن مثل هذه الدعاوى تخضع للمحكمة التى يوجد بها موقع العقار (١) .

والنوع الثانى من هذه الدعاوى هو الدعاوى الشخصية العقارية . وهى التى ترفع بناء على التزام شخص بنقل حق عينى على عقار ويكون الغرض منها تقرير هذا الحق العينى فى وجه الملزم بنقله . ومثالها الدعاوى التى يرفعها المشترى للعقار بعقد غير مسجل طالبا منها الحكم على البائع بصحة التعاقد واعتبار الحكم ناقلا للملكية من وقت تسجيل صحيفة الدعوى (٢) .

ولا شك أن محكمة موقع العقار هى التى تملك كفالة آثار الحكم الصادر منها فى هذا الصدد كما أنها أقدر على الفصل فى الدعوى المتعلقة بهذا العقـــار .

أما النوع الثالث من الدعاوى العقارية المشار اليها فى المادة ٢٩ فهى المعروفة بالدعاوى المختلطة ومثالها الدعوى التى يرفعها المشترى بعقد مسجل يطلب فيها تسليم العقار المبيع اليه ودعوى البائع على المشترى بفسخ عقد البيع ورد العقار اليه . ومن الواضح أن محكمة موقع العقار هى الاقدر على الفصل فى مثل هذه الدعوى أيضا وكفالة آثار الحكم الصادر منها .

### ٢ — جنسية المدعى عليه كضابط لاختصاص المحاكم المصرية :

٣٤٧ — تقضى المادة ٢٨ من قانون المرافعات المصرى بأن « تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التى ترفع على المصرى ولو لم يكن له موطن أو محل اقامة فى الجمهورية وذلك فيما عدا الدعاوى العقـــارية المتعلقة بعقار واقع بالخارج » . ويتضح من هذا النص أن المشرع قد

---

(١) انظر صفحة ٥٦٥ Loussouarn et Bourel Droit International Privé صفحة ٢٣٠ .

وانظر ايضا صفحة ٢٣٠ Mayer Droit International Privé .

(٢) مادة ١٥ من قانون تنظيم الشهر العقارى .

أخذ بضابط جنسية المدعى عليه لعقد الاختصاص للمحاكم المصرية • ويرجع أخذ المشرع بضابط الجنسية لتحديد اختصاص المحاكم المصرية للفكرة التى سبق لنا الاشارة اليها والتى سـادت فى المجتمع الدولى خلال فترة طويلة ومقتضاها أن مرفق القضاء هو امتياز خاص للوطنيين وجد لاقامة العدل بينهم • وقد أكدت المذكرة الايضاحية لمشروع قانون المرافعات هذه الفكرة فى تقريرها « أن ولاية القضاء وان كانت اقليمية فى الاصل بالنسبة للوطنيين والاجانب الا أنها شخصية بالنسبة للاولين فتشملهم ولو كانوا متوطنين أو مقيمين خارج اقليم دولتهم » • ويتضح من ذلك أن المشرع يعتبر كذلك أن اختصاص المحاكم بالنسبة للوطنيين تعبير عن السيادة الشخصية للدولة •

ويؤيد فريق من الفقه بناء الاختصاص على ضابط جنسية المدعى عليه باعتبار أنه يحقق مصلحة المدعى عليه المصرى تأسيسا على أن الوضع الغالب هو توطن المصريين فى بلدهم ، كما أنه يوفر للمدعى محكمة يقاضى لديها المدعى عليه المصرى الغير متوطن فى مصر بدعوى قد لا يتوافر الاختصاص بها لاية محكمة أجنبية (١) •

ويضيف المؤيدون لضابط جنسية المدعى عليه فى تحديد اختصاص المحاكم الوطنية أن تقرير هذا الاختصاص يتفق مع « قاعدة عامة من قواعد الاختصاص فى قانون المرافعات وهى أن المدعى يتبع المدعى عليـه » (٢) •

ويبدو لنا أن بناء الاختصاص الدولى للمحاكم المصرية على جنسية

---

(١) انظر الدكتور عز الدين عبد الله القانون الدولى الخاص الجزء الثانى الطبعة السابعة ص ٦٧٤ وانظر كذلك الدكتور كمال فهمى اصول القـانون الـدولى الخـاص الطبعة الثانيـة فقـرة ٤٧٢ حيث يقـرر ان « جواز اختصام الشخص امام محاكم دولته من المبادىء المسلمة دون حاجة الى نص » .

(٢) انظر دكتور احمد عبد الكريم سلامة المرجع السابق ص ٧٠ .

المدعى عليه المصرية لا يستجيب للاساس الحقيقى الذى يقوم عليه توزيع الاختصاص القضائى بين الدول كما أنه ليس من شأنه تحقيق مصلحة المدعى أو حماية المدعى عليه وتيسير الامور بالنسبة له • ذلك أن المشرع قد أخذ بهذا الضابط بشكل مطلق دون أن يدعمه بأية رابطة مادية بين المدعى عليه المصرى واقليم الدولة • فنص المادة ٢٨ من قانون المرافعات لا تتطلب لعقد الاختصاص للمحاكم المصرية سوى كون المدعى عليه مصرى الجنسية دون أن تشترط اقامته فى الاقليم المصرى بل ودون أن تشترط وجود أى أموال له أو مصالح حقيقية تربطـه بمصر • ومن ثم فان اختصاص المحاكم المصرية فى هذه الحالة يفتقر الى عنصر أسـاسى هو عنصر الرابطة الفعلية بين النزاع وبين الدولة وهى الرابطة التى من شأنها كفالة آثار الحكم الذى تصدره الدولة فى النزاع (١) •

ولا ينبغى الاستناد فى هذا الصدد الى قاعدة المدعى يتبع المدعى عليه المعروفة فى قواعد الاختصاص الداخلى • ذلك أن تطبيق هـذه القاعدة فى القانون الداخلى يعنى الاخذ بموطن المدعى عليـه كضابط للاختصاص • وقد رأينا أن موطن المدعى عليه يعتبر من القواعد الاساسية فى مجال الاختصاص الدولى أيضا • والحكمة من هذه القاعدة سواء فى مجال الاختصاص الداخلى أو فى مجال الاختصاص الدولى هى التيسير على المدعى عليه وعدم تكليفه مشقة الانتقال الى محكمة أخرى غير محكمة المكان الذى يوجد به • وهذه الحكمة منتفية بالنسبة لقـاعدة اختصاص المحكمة المبنى على جنسية المدعى عليه • بل ان فى الاخذ بهذه القاعدة ارهاق لا مبرر له بالنسبة للمدعى عليه المصرى وذلك اذا كان مقيما فى الخارج ، اذ سيضطر الى الانتقال الى محكمة قد تبعد كثيرا عن

---

(١) يستفاد من اطلاق النص ان الاختصاص يثبت للمحاكم المصرية بمجرد تمتع المدعى عليه بالجنسية المصرية ايا كان مكان اقامته وسواء كانت المنازعة حول مال فى مصر او فى الخارج او كان السبب المنشىء للعلاقة بمحل النزاع قد تم فى مصر او فى الخارج بل انه لا عبرة كذلك بكون القانون الواجب التطبيق على النزاع هو القانون المصرى أم قانون دولة اجنبية •

موطنه . والقول بأن غالبية المصريين متوطنين فى مصر لا يبرر الاخذ بهذه القاعدة بل يجعلها فى الواقع عديمة الجدوى نظرا لان اختصاص المحاكم المصرية بالدعاوى المرفوعة على المصريين المتوطنين فى مصر أو المقيمين بها مكفول دائما على أساس ضابط الموطن أو الاقامة الذى سبق بيانه (١) . أما المصريون المقيمون بالخارج فان النص يلقى عليهم عبأ لا داعى له للانتقال الى مصر للمثول أمام القضاء المصرى فى كل دعوى يختصمون فيها . ويبدو أن المشرع المصرى قد هدف من وراء الاخذ بهذه القاعدة الى توفير العدالة للمصريين أينما كانوا وهى فكرة ترتكز على اعتبار مرفق القضاء مرفقا خاصا بالوطنيين كما أنها تقوم على عدم الثقة فى قضاء الدول الاجنبية وعدم الاطمئنان الى عدالتها ، وهما فكرتان ثبت عدم ملائمتهما للعلاقات ذات الطابع الدولى فى المجتمع الدولى الحديث (٢) . وفضلا عن ذلك فان القول بأن محاكم الدولة هى الاقدر على توفير العدالة لرعايا الدولة كان يجب أن يؤدى الى تقرير الاختصاص الدولى للمحاكم المصرية كلما كان المدعى نفسه مصرى الجنسية وليس عندما يكون المدعى عليه هو المصرى الجنسية فحسب ومن ثم يؤكد خطأ الاخذ بمبدأ الجنسية كأساس للاختصاص القضائى الدولى . والواقع أن المشرع المصرى لم يأخذ بجنسية المدعى كأساس لاختصاص المحاكم المصرية مما يؤكد عدوله ولو بشكل غير كامل عن فكرة اعتبار القضاء الوطنى مرفقا خاصا بالوطنيين وهى الفكرة التى أخذ بها غيره من المشرعين كالمشرع الفرنسى(٣).

---

(١) انظر فى ذلك الدكتو رهشام صادق : تنازع الاختصاص القضائى الدولى ص ٧٥ .

(٢)انظر فى ذلك
Mann : The doctrine of jurisdiction in international Law.
مجموعة محاضرات اكاديمية القانون الدولى بلاهاى ١٩٦٤ الجزء الأول ص ٧٩ .

(٣) انظر المادة ١٤ والمادة ١٥ من القانون المدنى الفرنسى وانظر فى التعليق عليهما :
Niboyet : Traité de Droit International privé
=

٣٤٨ — وقد ثار التساؤل حول ما اذا كان ضابط الجنسية الذى قررته المادة ٢٨ من قانون المرافعات المصرى يسرى فى مواجهة الاشخاص المعنوية أم أنه قاصر على الاشخاص الطبيعيين •

يرى فريق من الفقه المصرى أن ضابط الجنسية قاصر على الاشخاص الطبيعيين دون الاشخاص المعنوية وحجتهم فى ذلك أن « أساس القاعدة المذكورة هو سيادة الدولة الشخصية التى تباشرها على رعاياها والتى لا تحدها حدود اقليمية ، والشخص الاعتبارى ليس عضوا فى شعب الدولة حتى يوصف بأنه من الوطنيين بالنسبة للدولة ولانه لا يتمتع بأى جنسية بالمعنى الفنى لهذا الاصطلاح (١) » •

غير أنه لا محل فى رأينا لقصر اعمال ضابط الجنسية على الاشخاص الطبيعيين دون الاشخاص المعنوية بحجة أن الشخص المعنوى لا يمكن أن يوصف بأنه من الوطنيين • فالجنسية نظام قانونى تترتب عليه نتائج لازمة بالنسبة للشخص الطبيعى والشخص المعنوى على حد سواء (٢) ومن المعلوم أن معاملة الدولة للشخص المعنوى والحقوق التى تقرها له كالحق فى التملك والحق فى ممارسة النشاط المهنى والاقتصادى تختلف وفقا لكونه من الوطنيين أم من الاجانب • وعلى ذلك فان نص المادة ٢٨ السابق الذكر باختصاص المحاكم المصرية بالدعاوى « التى ترفع على المصرى » ينصرف الى المصرى بصفة عامة سواء أكان شخصا طبيعيا أم

---

= الجزء السادس فقرة ٧ ، ٨ .

انظر كذلك فى مناقشة ضابط الجنسية كأساس لاختصاص المحاكم الوطنية بحث الدكتور ماهر السداوى : جنسية الخصوم الوطنية كضابط للاختصاص التشائى الدولى ( جامعة المنصورة سنة ١٩٧٨ ) .

(١) انظر دكتور محمد كمال فهمى : أصول القانون الدولى الخاص ( ١٩٧٨ ) .

(٢) انظر فى تفاصيل ذلك مؤلفنا « الجنسية ومركز الاجانب الطبعة السادسة ص ٣٠٦ وما بعدها .

معنويا باعتبار أن كليهما مخاطبين بأحكام القانون (١) •

٣٤٩ — وقد استثنى المشرع من اختصاص المحاكم المصرية المبنى على جنسية المدعى عليه المصرية « الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع فى الخـــارج » •

وعلى ذلك فان المحاكم المصرية تختص بكافة الدعـــاوى التى ترفع على المصرى حتى ولو كانت كافة عناصر النزاع الاخرى غير مرتبطة بمصر كما لو كان المال محل النزاع بالخارج أو كانت الواقعة مصدر الالتزام أو محل تنفيذ الالتزام بالخـــارج وذلك باستثناء الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار كائن خارج الاقليم المصرى سواء كانت هذه الدعاوى عينية أم شخصية أم مختلطة على التفصيل الذى سبق لنـــا بيانه بشأن اختصاص المحاكم المصرية المبنى على موطن المدعى عليه بمصر (٢) •

٣٥٠ — ويتعين الاعتداد بجنسية المدعى عليه وقت رفع الدعوى عند تحديد اختصاص المحاكم المصرية • فان كان مصريا وقت رفع الدعوى انعقد الاختصاص للمحاكم المصرية • وتظل هذه المحاكم مختصة حتى ولو

---

(١) انظر فى نفس المعنى الدكتور عز الدين عبد الله المرجع السابق صفحة ٦٧٦ والدكتور احمد عبد الكريم سلامة المرجع السابق •

(٢) وعلى ذلك فان المحاكم المصرية تكون مختصة بالدعاوى العينية المنقولة اذا كان المدعى عليه مصريا او له موطن او محل اقامة بمصر وذلك رغم وجود المنقول محل النزاع خارج الاقليم المصرى •

كذلك تختص هذه المحاكم بالدعاوى الشخصية المنقولة حتى ولو تعلقت بعقار كائن بالخارج كالدعوى المرفوعة من المقاول ضد مالك العقار يطلب نفقات اصلاحه •

انظر الفقه المصرى الدكتور هشام صـــادق المرجـــع السابق ص ١١٤ وانظر فى الفقه المقارن :

Niboyet : Traité de droit International privé.

الجزء السادس فقرة ١٨١٥ •

تم تغيير هذه الجنسية بعد رفع الدعوى باعتبار أن للمدعى حقا مكتسبا فى استمرار نظر الدعوى (١) .

واذا كان المدعى عليه مصريا قبل رفع الدعوى ثم فقد هذه الجنسية عند رفعها فان الضابط الذى يقوم عليه اختصاص المحـاكم المصرية لا يعد متوافرا وبالتالى لا تكون هذه المحاكم مختصة بنظر النزاع وذلك حتى ولو كان المدعى عليه وطنيا وقت نشوء العلاقة محل النزاع .

### ٣ — موقع المال كضابط للاختصاص القضـاء الدولى

٣٥١ — يعتبر اختصاص محاكم الدولة بالمنازعات المتعلقة بمـال موجود باقليمها من أكثر القواعد رسوخا فى مختلف الدول . ذلك أن وجود المال باقليم الدولة يكشف عن ارتباط النزاع باقليم الدولة ويعبر عن سيطرتها الفعلية على موضوع النزاع . وفى ذلك ما يمكنها من كفالة آثار الحكم الصادر من محاكمها كما يجعل هذه المحاكم أقدر من غيرها على الفصل فى النزاع المتصل بالمال وعلى اتخاذ ما يلزم من اجراءات مادية كأعمال الخبرة والمعاينات التى يتطلبها الفصل فى النزاع وكذلك الاجراءات اللازمة للمحافظة على المال حتى الفصل فى الدعوى (٢) .

---

(١) انظر الدكتور محمد عبدالمنعم رياض : مبادىء القانون الدولى الخاص صفحة ٥٠٢ .

ويضيف بعض الشراح أن الاعتداد بجنسية المدعى عليه وقت رفع الدعوى لثبوت الاختصاص للمحاكم المصرية حتى ولو تم تغيير المدعى عليه لجنسيته بعد ذلك « من شأنه منع الغش نحو قاعدة الاختصاص القضائى الدولى ، اذ قد يكون الهدف من التغيير مجرد الافلات من اختصاص المحكمة خاصة وان استشعر المدعى عليه انها ستحكم ضده » انظر الدكتور بدر الدين شوقى : القواعد العامة للاختصاص القضائى . منشور بمجلة ادارة قضايا الحكومة السنة ٢٣ العدد الرابع ٦٧ .

(٢) انظر فى بيان الحكمة من هذه القاعدة الدكتور محمـد عبد المنعم

وقد جرى العمل فى مجال الاختصاص القضائى الدولى على سريان القاعدة المذكورة سواء تعلق النزاع بعقار أو بمنقول ، وذلك بخلاف الحال فى مجال الاختصاص الداخلى ، حيث يقتصر اعمالها على المنازعات المتعلقة بالعقار ، أما المنازعات المتعلقة بالمنقول فتختص بها محكمة موطن المدعى عليه (٢) .

٣٥٢ — وينص المشرع المصرى فى المادة ٣٠ فقرة ثانية من قانون المرافعات على اختصاص المحاكم المصرية بالدعاوى « المتعلقة بمال موجود بالجمهورية » . وقد جاء النص مطلقا . فهو لم يفرق بين كون المال عقارا أو منقولا ، كما أنه لم يفرق بين المعاملات المالية وبين مسائل الاحوال الشخصية . وعلى ذلك تختص المحاكم المصرية بالدعوى حتى ولو كان النزاع بصدد مسألة من مسائل الاحوال الشخصية كالوصية ما دامت تتعلق بمال كائن بمصر ، وذلك فضلا عن اختصاصها بكافة الدعاوى فى مجال المعاملات المالية التى يكون موضوعها التزاما متعلقا

---

رياض المرجع السابق ص ٥٠١ حيث يقرر انه « تعتبر قوانين تنظيم الملكية متعلقة بمصالح المجموع وليس هناك احرص من محكمة موقع العقار على ضمان تطبيق هذه القوانين » .

وانظر فى الفقه المقارن

Valery : Manuel de droit international privé. فقرة ٤٩٤ .

وانظر كذلك Niboyet المرجع السابق فقرة ١٨٣١ وفقرة ١٨٣٥ .

(٢) انظر المادة ٤٩ من قانون المرافعات المصرى .

ويرى فريق من الفقه وجوب قصر الاختصاص الدولى لمحاكم الدولة على المنازعات المتعلقة بالعقار الكائن باقليمها دون المنازعات المتعلقة بالمنقول التى يجب ان يسرى عليها ذات القاعدة العامة المتبعة فى مجال الاختصاص الداخلى وهى اختصاص محكمة موطن المدعى عليه وذلك تأسيسا على أن المال المنقول غير مستقر فى مكان ثابت .

انظر فى ذلك :

Loussouarn et Bourel المرجع السابق ص ٥٦٥

بعقار أو منقول كائن بمصر [١] • وتختص المحاكم المصرية بنظر النزاع المتعلق بعقار أو بمنقول كائن بمصر أيا كان نوع الدعوى ، أى سواء أكانت عينية أم شخصية أم مختلطة •

والدعوى العينية العقارية أو المنقولة هى التى يرفعها صاحب الحق العينى على المال بطلب تقرير حقه فى مواجهة من ينازعه كالدعوى بملكية العقار ودعوى الحيازة أو كالدعوى بملكية المنقول •

أما الدعوى الشخصية العقارية أو المنقولة فهى التى تستند الى حق شخصى سواء بقصد الحصول على عقار كالدعوى التى يرفعها بائع العقار بعد تسجيل العقد على المشترى منه مطالبا فيهـا بالفسخ أو بقصد الحصول على مال منقول كدعوى المؤجر على المستأجر بسـداد أجرة العقار • أما الدعوى المختلطة فهى التى تستند الى حق شخصى وحق عينى فى نفس الوقت كدعوى المشترى على البائع بتسليم العقار المبيع بعد تمام التسجيل [٢] •

## المبحث الثانى
## ضـوابط الاختصـاص
## المشتقة من طبيعة النزاع أو صلته بالنظام القانونى الوطنى

### ١ ـ وجود محل الالتزام بمصر :

٣٥٣ ـ لا شك أن وجود محل الالتزام باقليم الدولة انما يعبر عن

---

(١) ويلاحظ أن النزاع لايعتد متعلقا بمال كائن بمصر اذا لم يكن المال نفسه محل الالتزام بل كان موضوعه مجرد التزام تم لمصلحة المـال الكائن بمصر كالالتزام بشراء فحم بالخارج لتشغيل باخرة موجودة بالمياه المصرية وقت رفع الدعوى . انظر الدكتور عز الدين عبد الله المرجع السابق صفحة ٧١٢ وحكم الاستئناف المختلط المشار اليه ( هامش ٣ ) .

(٢) انظر فى ذلك الدكتور رمزى سيف : الوسيط فى قانون المرافعات المدنية والتجارية صفحة ١٥٦ وما بعدها .

ارتباط هذا الالتزام بالدولة ويجعل محاكمها أكثر قدرة على الفصل فى المنازعات الناجمة عن هذا الالتزام ، وعلى كفالة الآثار المترتبة على الحكم الصادر فى النزاع • لذلك نص المشرع فى المادة ٣٠ فقرة ثانية على انه « تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التى ترفع على الاجنبى الذى ليس له موطن أو محل اقامة فى الجمهورية ... اذا كانت الدعوى متعلقة بالتزام نشأ أو نفذ أو كان واجبا تنفيذه فى مصر ... » •

ولم يفرق المشرع بين كون الالتزام عقديا أم غير عقدى •

ففى كلتا الحالتين ينعقد الاختصاص للمحاكم المصرية اذا كانت مصر هى محل الالتزام ، وذلك حتى ولو لم يكن المدعى عليه متوطنا بمصر أو كان مصرى الجنسية •

**اولا : الالتزامات التعاقدية :**

٣٥٤ — يكون الالتزام التعاقدى بمصر اذا كان العقد أى التصرف المنشىء للالتزام قد أبرم فى مصر • كذلك تعتبر مصر محلا للالتزام اذا كان قد تم تنفيذه فى مصر أو كان هذا التنفيذ واجبا فيها • وعلى ذلك فقد ينعقد الاختصاص بنظر مثل هذه المنازعات للمحاكم المصرية ومحاكم دولة أجنبية فى نفس الوقت ، كما لو كان العقد قد تم ابرامه فى مصر وتم تنفيذه فى الخارج ، أو كان موطن المدعى عليه فى الخارج • وحينئذ يثور التساؤل حول مدى اقرار القانون المصرى لاختصاص المحاكم الاجنبية بنفس النزاع • وهو ما سنعرض له بالتفصيل عند دراسة آثار الاحكام الاجنبية •

وقد ورد نص المادة ٣٠ السالف الذكر عاما بحيث يسرى بالنسبة لكافة الالتزامات العقدية مدنية كانت أم تجارية (١) كما يسرى بالنسبة

للالتزامات الارادية غير العقدية (١) .

ولا يستثنى من ذلك سوى العقود التى تهدف الى تقرير حق عينى على عقار واقع فى الخارج وقد سبق أن رأينا أن الاختصاص لا ينعقد للمحاكم المصرية رغم كون المدعى عليه متوطنا بمصر أو متمتعا بالجنسية المصرية اذا كان النزاع يتعلق بعقار كائن بالخارج ( المادة ٢٨ والمادة ٢٩ من قانون المرافعات ) .

وقد استقر الفقه على اعتبار هذا القيد عاما بحيث يسرى كذلك اذا كان محل الالتزام بمصر .

ومن ثم فان المحاكم المصرية لا تختص بنظر الدعوى — رغم ابرام العقد بمصر — اذا كان العقد يتعلق بنقل حق عينى على عقار كائن بالخارج .

٣٥٥ — ويثور السؤال حول تحديد المقصود بابرام العقد وكذلك المقصود بتنفيذ الالتزام التعاقدى . ولما كان الامر يتعلق بتفسير قاعدة من قواعد الاختصاص المصرية فان القانون المصرى هو الذى يتكفل بهذا التحديد فهو الذى يحدد مثلا متى يتم ابرام العقد بين غائبين (٢) ، ومتى يعتبر العقد قد تم تنفيذه .

**ثانيا : الالتزامات غير التعاقدية :**

٣٥٦ — كذلك ينعقد الاختصاص للمحاكم المصرية اذا كانت مصر

---

(١) وعلى ذلك تختص المحاكم المصرية بالدعاوى المتعلقة بالوصية اذا كانت قد اجريت فى مصر او نص على تنفيذها فيها .

(٢) ومن المعلوم أن العقد بين غائبين يعتبر قد ابرم فى المكان الذى علم فيه الموجب بالقبول وفقا لنص المادة ٩٧ من القانون المدنى المصرى .

محل الالتزام الناجم عن الفعل الضار أو الفعل النافع •

وفيما يتعلق بالفعل الضار يثور التساؤل عن محل وقوع الفعل الضار المنشىء للالتزام وذلك اذا اختلف مكان وقوع الخطأ عن مكان تحقق الضرر •

وقد سبق لنا أن رجحنا فى مجال تنازع القوانين الاخذ بمحل وقوع الضرر فى تحديد القانون الواجب التطبيق على الفعل الضار تأسيسا على أن هذا المكان هو الذى تحقق فيه الاخلال بالمصالح التى يرمى القانون الى حمايتها وأن الالتزام بالتعويض ليس الهدف منه توقيع الجزاء على الخطأ بل اصلاح الضرر •

بيد أن الامر يختلف فى مجال الاختصاص القضائى لمحاكم الدولة ، اذ أن هذا الاختصاص يهدف الى بسط ولاية هـذه المحاكم على كافة المنازعات التى ترتبط باقليم الدولة أو بنظامها القانونى • ومن ثم نرى وجوب تفسير المقصود بمحل وقوع الفعل الضار تفسيرا أوسع فى هذا الصدد بحيث ينعقد الاختصاص للمحاكم المصرية سواء كانت مصر هى مكان وقوع الخطأ أم كانت مكان تحقق الضرر •

أما بالنسبة للفعل النافع أو الاثراء بلا سبب فان الالتزام بالرد مشروط بوقوع الاثراء ولا عبرة بالافتقار فى ذاته أو بما يتجاوز قيمة الاثراء • وعلى ذلك يمكن القول بأن محل نشوء الالتزام الناجم عن الفعل النافع هو مكان تحقق الاثراء • فاذا تحقق الاثراء فى مصر انعقد الاختصاص للمحاكم المصرية بنظر الدعوى • أما اذا كانت واقعة الافتقار هى التى تحققت وحدها فى مصر فانه يتعذر القول بنشوء الالتزام حينئذ كما أن هذه الواقعة لا تكفى وحدها لقيام الرابطة المادية اللازمة لاختصاص المحاكم المصرية لامكان كفالة آثار الحكم الصادر فى النزاع •

## ٢ — اشهار الافلاس فى مصر

٣٥٧ — تقضى المادة ٣٠ من قانون المرافعات بأنه « تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التى ترفع على الاجنبى الذى ليس له موطن أو محل اقامة فى الجمهورية اذا كانت الدعوى متعلقة بافلاس أشهر فى الجمهورية » .

وعلى ذلك يكفى لانعقاد الاختصاص للمحاكم المصرية بشأن الدعاوى المتعلقة بالافلاس أن يكون قد صدر اشهار هذا الافلاس من المحاكم المصرية . ولم يشترط المشرع كون المال محل النزاع كائنا بالاقليم المصرى (١) ، كما أنه لم يشترط توطن المدعى عليه بمصر أو تمتعه بالجنسية المصرية . ذلك أن المحاكم التى حكمت باشهار الافلاس هى أوثقها صلة بشئون التفليسة وأقدرها على الفصل فى الدعاوى المتعلقة بها . هذا فضلا عن أن جمع كافة هذه الدعاوى أمام محكمة واحدة من شأنه تلافى تضارب الاحكام الصادرة بشأنها . ويعتبر من الدعاوى المتعلقة بالتفليسة والتى تختص بها المحاكم المصرية وفقا للنص السابق كافة الدعاوى الناشئة عن شهر الافلاس أو المتعلقة بادارة التفليسة وكذلك أية دعوى يطبق بشأنها قاعدة من قواعد نظام الافلاس سواء رفعت من السنديك أو الدائن أو الغير أو رفعت عليهم . ومثال ذلك الدعوى التى يرفعها دائن المدين المفلس على السنديك للمطالبة

---

(١) ويرى فريق من الفقه وجوب استثناء الدعاوى المتعلقة بحق عينى على عقار كائن بالخارج من الخضوع لولاية المحاكم المصرية رغم أشهار الافلاس فى مصر نظرا لان الحكم الصادر فيها « سيتعارض مع مبدأ الفاعلية الدولية للقرارات القضائية او مبدا قوة النفاذ » انظر الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة المرجع السابق ص ١٣٨ . وقد سبق أن أشرنا الى وجوب اعتبار النص الوارد بالمادة ٢٨ ، ٢٩ من قانون المرافعات بشأن الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار فى الخارج قيدا عاما بالنسبة لاختصاص المحاكم المصرية . غير أنه يجدر عدم اعمال هذا القيد بالنسبة للدعاوى المتعلقة بافلاس اشهر فى مصر نظرا لارتباط هذا الافلاس بالنظام القانونى المصرى ارتباطا يحتم اخضاع الدعاوى الناجمة عنه برمتها للمحاكم المصرية .

بدينه والدعوى التى يرفعها السنديك على الغير مطالبا بدين للمفلس او طالبا الحكم بعدم نفاذ تصرفات المفلس فى فترة الريبة .

أما الدعاوى الغير ناجمة عن التفليسة أو الغير خاضعة لقواعد نظام الافلاس ومثلها الدعوى ببطلان تصرف المدين المفلس لسبب لا يتعلق بالافلاس كعدم مشروعية السبب فانها تخرج من نطاق الدعاوى التى نصت المادة ٣٠ فقرة ثانية على اختصاص المحاكم المصرية بها .

٣٥٨ — واذا كان المشرع قد قرر اختصاص المحاكم المصرية بالنسبة للدعاوى المتعلقة بافلاس تم اشهاره فى مصر ، الا أنه لم يبين متى تختص هذه المحاكم باشهار هذا الافلاس . وازاء سكوت المشرع عن تحديد ضابط معين لاختصاص المحاكم المصرية باشهار الافلاس فانه يتعين الرجوع للضوابط العامة للاختصاص الدولى التى نص عليها قانون المرافعات ، بحيث تختص المحاكم المصرية باشهار الافلاس اذا كان المدعى عليه متوطنا (١) أو مقيما بمصر او كان مصرى الجنسية أو كانت أموال التاجر المدين بمصر . غير أن الامر يدق اذا كانت مصر هى محل الالتزام بالنسبة لبعض العمليات التجارية التى قام بها التاجر المدين . ونرى أنه من العسير الاكتفاء بكون محل الالتزام فى مصر لعقد الاختصاص للمحاكم المصرية لشهر الافلاس طالما كان الضابط يتعلق بعمليات فردية لا تشمل كافة الدائنين وبالتالى لا يكفل اشراك هؤلاء كلهم أو غالبيتهم فى التفليسة (٢) .

**٢ — دعاوى الارث والتركات :**

٣٥٩ — راعى المشرع عند تحديده لقواعد الاختصاص القضائى الدولى لمحاكم الجمهورية الصلة الوثيقة بين مختلف الدعاوى التى ترفع

---

(١) ويستوى فى ذلك وجود موطن عام للمدعى عليه فى مصر أو موطن خاص .

(٢) انظر فى ذلك الدكتور عز الدين عبد الله المرجع السابق صفحة ٧١٧ ، والدكتور هشام صادق المرجع السابق صفحة ١٠١ .

بشأن ارث أو تركة . ومن ثم رأى أن يجمع بينها فى صعيد واحد من حيث الاختصاص . فلم يعتد فى تقريره اختصاص محاكم الجمهورية بمحل اقامة أو توطن المدعى عليه ، كما لم يعتد بصفة المدعى وكونه وارثا أم من الغير . كذلك لم يعتد بسبب الدعوى وكونها تتعلق بالمطالبة بحق الارث أو بدين على التركة أو بقسمتها أو بادارتها وانما اشترط فقط لاختصاص محاكم الجمهورية بجميع الدعاوى المتعلقة بالارث أو التركة توافر أحد شروط ثلاث تضمنتهم المادة ٣١ من قانون المرافعات على سبيل الحصر :

الاول : أن تكون التركة قد افتتحت بجمهورية مصر العربية . وتعتبر التركة قد افتتحت بالجمهورية اذا كانت الجمهورية هى آخر موطن للمورث .

الثانى : أن يكون المورث مصرى الجنسية . ويرجع فى تحديد جنسية المورث الى أحكام تشريع الجنسية فى جمهورية مصر العربية .

الثالث : أن توجد أموال التركة كلها أو بعضها باقليم الجمهورية ويستوى فى هذا الصدد أن يكون المال الموجود باقليم الجمهورية منقولا أم عقارا .

وعلى ذلك فانه اذا توافر أى من الشروط الثلاث السابقة اختصت المحاكم المصرية بالفصل فى المنازعات المتعلقة بالارث أو التركة .

## المبحث الثالث

## ضوابط الاختصاص التى يتطلبها حسن أداء العدالة

### ١ — الدعاوى المتعلقة بمسائل الاحوال الشخصية اذا كان المدعى متوطنا بالجمهورية أو مصرى الجنسية :

٣٦٠ — لما كانت المنازعات المتعلقة بمسائل الاحــوال الشخصية وثيقة الصلة بحياة الانسان وكيانه فقد حرص المشرع على التيسير على المدعى وتمكينه من الوصول الى حقه دون أى تأخير •

فنص المشرع فى المادة ٣٠/٧ من قانون المرافعات على اختصاص محاكم الجمهورية بنظر المنازعات المتعلقة بمسائل الاحوال الشخصية المرفوعة من مدعى مصرى الجنسية أو أجنبى متوطن بها فى حالتين :

أما الحالة الاولى فتتحقق اذا لم يكن للمدعى عليه الاجنبى موطن معروف فى الخارج • ومن الجلى أنه لا مفر فى هذه الحالة من عقــد الاختصاص لمحاكم الجمهورية مراعاة لصالح المدعى • فواجب الدولة الاساسى هو أداء العدالة نحو مواطنيها وكذلك نحو المتوطنين بها •

أما الحالة الثانية لاختصاص المحاكم المصرية فهى تتحقق اذا كان القانون المصرى هو الواجب التطبيق على النزاع وفقا لقواعد الاسناد المصرية • وقد رأى المشرع أن المحــاكم المصرية ستكون أقدر على تطبيق القانون المصرى خاصة وأن المدعى مصرى الجنسية أو أجنبى متوطن بها ، هذا فضلا عن أنه من المرغوب فيه أن تكفل محاكم الدولة تطبيق قانونها بنفسها كلما استطاعت الى ذلك سبيلا •

### ٢ — الدعاوى المتعلقة بالزواج :

٣٦١ — لما كان الزواج من المسائل الوثيقة الصلة بالشخص فقــد رأى المشرع تحقيقا لحسن سير العــدالة وتيسيرا على الخصــوم أن يستثنى بعض الدعاوى المتصلة بالزواج من الخضوع للقواعد السابق

بيانها فى تحديد الاختصاص القضائى الدولى لمحاكم الجمهورية • وذلك على التفصيل الآتى :

٣٦٢ — أولا : رأى المشرع فى المادة ٣/٤٠ أنه اذا كان عقد الزواج المراد ابرامه يدخل فى اختصاص موثق مصرى وفقا لقواعد تنازع القوانين فان المعارضة فى هذا الزواج يتعين أن تختص بنظرها أيضا محاكم الجمهورية •

والواقع أن تقرير مثل هذا المبدأ يؤدى الى حسن سير العدالة ، فقد لا يكون هناك سبيل من الناحية القانونية لمنع هذا الزواج الا عن طريق صدور حكم قضائى ولا شك أن محاكم الجمهورية أقدر على اصدار مثل هذا الحكم نظرا لان الزواج سيبرم أمام موثق ينتمى الى الدولة ويخضع لسلطان محاكمها ، هذا فضلا عن أنه فى النص على اختصاص محاكم الجمهورية تيسير لصاحب الحق قانونا فى الاعتراض اذ سيجنبه الالتجاء الى محاكم دولة موطن المدعى عليه •

٣٦٣ — ثانيا : الدعاوى المتعلقة بطلب فسخ زواج أو بالتطليق أو بالانفصال : رأى المشرع حماية ثلاث طوائف من الزوجات وتمكينهن من رفع دعواهن المتعلقة بفسخ الزواج أو التطليق أو الانفصال أمام المحاكم المصرية وذلك بالرغم من عدم توطن أو اقامة الزوج المدعى عليه بالاقليم المصرى •

أما الطائفة الاولى فهى طائفة الزوجات اللاتى كن يتمتعن بجنسية جمهورية مصر العربية وفقدن هذه الجنسية بالزواج • فقد رأى المشرع فى المادة ٤/٣٠ من قانون المرافعات السماح لهذه الطائفة برفع دعوى الطلاق أو التطليق أو الفسخ على أزواجهن أمام محاكم الجمهورية اذا كن متوطنات باقليم الجمهورية ، وذلك دون أن يشترط وجوب توطن أو اقامة الزوج المدعى عليه باقليم الجمهورية • ويهدف المشرع بهذا النص كما يستفاد من المذكرة الايضاحية أن يمكن الزوجة التى كانت مصرية والمتوطنة بالجمهورية من استرداد جنسية جمهورية مصر العربية بعد حصولها على حكم قضائى لصالحها •

أما الطائفة الثانية فهى طائفـــة الزوجات اللاتى هجرهن أزواجهن وتوطنوا خارج الجمهورية ، فقد رأى المشرع فى المادة ٣٠/٤ السماح لهؤلاء الزوجات برفع الدعاوى المتعلقة بفسخ الزواج أو الانفصال أو التطليق أمام محاكم الجمهورية ، حتى بالرغم من توطن المدعى عليه بالخارج • ولكن يشترط لاعمال هذا النص أن تكون الزوجة متوطنـــة باقليم الجمهورية وذلك دون النظر الى الجنسية التى تتمتع بها فيستوى فى هذا الصدد أن تكون الزوجة مصرية أم أجنبية •

والواقع أن فى النص على اختصاص محاكم الجمهورية بالنسبة لهذه الدعاوى تيسير على الزوجة التى هجرها زوجها ورعاية لمصلحتها اذ قد يتعذر عليها لظروف اجتماعية واقتصادية الالتجاء الى محكمة دولة موطن الزوج المدعى عليه ومقاضاته أمامها •

أما الطائفة الثالثة فهى طائفة الزوجات المتوطنات باقليم الجمهورية واللائى أبعد أزواجهن عن اقليم الجمهورية فقد رأى المشرع حمـــاية لمصالحهن أن يعقد اختصاص لمحاكم الجمهورية اذا كان الزوج قد أبعد عن اقليم الجمهورية • ويشترط للاختصاص فى هـــذه الحـــالة كما هو الشأن بالنسبة للحالة السابقة أن تكون الدعوى متعلقة بفسخ زواج أو انفصال أو تطليق وأن تكون الزوجة متوطنة باقليم الجمهورية وذلك دون النظر الى جنسيتها •

**٣ ــ دعاوى النفقـــات :**

٣٦٤ ــ نص المشرع فى المـــادة ٣٠/٥ من قانون المرافعـــات على اختصاص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التى ترفع على الاجنبى الذى ليس له موطن أو محل اقامة بالجمهورية « اذا كانت الدعوى متعلقـــة بطلب نفقة للام أو للزوجة متى كان لهما موطن فى الجمهورية أو للصغير المقيم فيهـــا » •

رأى المشرع ضعف حالة المطالب بالنفقة وحاجته الى الرعاية فخرج

عن القاعدة المعروفة فى الاختصـاص القضـائى الدولى والتى تقضى باختصاص محاكم الجمهورية اذا كان للمدعى عليه موطن أو محل اقامة بالجمهورية وذلك فى الحالتين الآتيتين :

الاولى تتعلق بدعاوى النفقة التى تقام من أم أو زوجة لها موطن بجمهورية مصر العربية • فقد اعتد المشرع بتوطن الام أو الزوجة فى اقليم الجمهورية وقرر اختصاص محاكم الجمهورية بدعاوى النفقة التى ترفع من أى منهما وذلك حماية لمصلحتهما • ولم يجعل المشرع لجنسية الام أو الزوجة أى أثر بالنسبة لاختصاص محاكم الجمهورية ، كما لم يجعل لموطن أو لمحل اقامة المدعى عليه أى أثر فى الاختصاص •

والثانية تشمل دعاوى النفقة التى تقام من الصغير تقرر اختصاص محاكم الجمهورية فى هذه الحالة حتى ولو لم يكن المدعى عليه المطالب بالنفقة مقيما أو متوطنا بالجمهورية • غير أن المشرع قد اكتفى لامكان اختصاص محاكم الجمهورية بدعوى الصغير أن يكون مقيمـا باقليم الجمهورية وذلك على خلاف الشأن بالنسبة لدعاوى النفقة المقامة من الام أو الزوجة حيث تطلب المشرع التوطن باقليم الجمهورية •

٤ — دعاوى النسب :

٣٦٥ — نص المشرع فى المادة ٦/٣٠ على اختصـاص محـاكم الجمهورية بجميع دعاوى النسب اذا كان الصغير المراد اثبـات نسبه مقيما بالجمهورية وبذلك لا يشترط لاختصاص محـاكم الجمهورية أن يكون المدعى عليه متوطنا أو مقيما بها بل يكفى لانعقـاد الاختصاص مجرد اقامة الصغير بها ، وذلك دون النظر الى موطن الصغير أو الى الجنسية التى يتمتع بها ، فالصغير هو صـاحب المصلحة الحقيقية فى الدعوى ، ومن ثم يتعين مراعاة لقصره الا نضطره الى الالتجـاء الى محاكم الدولة الاجنبية التى يتوطن بها المدعى عليه •

**٥ ــ دعاوى الولاية :**

٣٦٦ ــ رأى المشرع استثناء جميع الدعاوى المتعلقة بالولاية من قاعدة اختصاص محـاكم الجمهورية الذى يبنى على أسـاس توطن أو محل اقامة المدعى عليه • غير أن المشرع فرق فى هـذا الصـدد بين الدعاوى المتعلقـة بالولاية على النفس وتلك المتعلقـة بالولاية على المـال •

أما بالنسبة للدعاوى المتعلقة بالولاية على النفس فقد نص المشرع صراحة فى المـادة ٦/٣٠ من قانون المرافعات على اختصاص محـاكم الجمهورية بجميع دعاوى الولاية على النفس اذا كان الصغير مقيمـا بالجمهورية • ويستوى فى هـذا الصـدد أن يكون الغرض من دعوى الولاية سلب الولاية أو الحد منها أو وقفها أو استردادها • ويستوى كذلك أن يكون الصغير متمتعا بجنسية الجمهورية أو أجنبيا عنها ، بل يستوى فى هذا الصدد أن يكون المدعى عليه متوطنا أو مقيما بالجمهورية ، فالعبرة فقط بكون الجمهورية محلا لاقامة الصغير حتى ولو لم يكن له موطن بها • ومما لا شك فيه أن فى اختصاص محاكم الجمهورية بمثل هذه الدعاوى مراعاة لظروف الصغير صـاحب المصلحة الحقيقيـة فى الدعـوى •

أما بالنسبة للدعاوى المتعلقة بالولاية على المال فقد نص المشرع على اختصاص محاكم الجمهورية « اذا كانت الدعوى متعلقة بمسـألة من مسائل الولاية على المال متى كان للقاصر أو المطلوب الحجـر عليـه أو مساعدته قضائيا موطن أو محل اقامة فى الجمهورية أو اذا كان بها آخر موطن أو محل اقامة الغائب » •

ويتبين من هذا النص أن محاكم الجمهورية تختص بنظر الدعاوى المتعلقة بالولاية على المال اذا كان مالك المـال متوطنـا أو مقيمـا فى الجمهورية • ويستوى فى هذا الصدد أن تكون الدعوى المتعلقة بالولاية على المال مرفوعة من المالك أو مرفوعة ضده • كذلك يستوى أن يكون

المالك قاصرا أو مطلوب الحجر عليه أم غائبا ، فالعبرة فقط لاختصاص محاكم الجمهورية بكون المالك مقيما أو متوطنا باقليم الجمهورية .

وجدير بالذكر أن قانون المرافعات القديم أخذ بهذا الحكم أيضا فى المادة ٨٦١ غير أن هذا القانون كان يقصر الاختصاص بالنسبة لدعاوى الولاية على المال على حالة توطن مالك المال باقليم الدولة . ولم يكن يقر اختصاص المحاكم اذا كان المالك مقيما فقط باقليم الدولة وذلك على خلاف الشأن بالنسبة للمادة ٨/٣٣ من قانون المرافعات الجديد التى تعتد بكل من الاقامة والموطن لاختصاص محاكم الجمهورية .

## المبحث الرابع

### ضوابط الاختصاص التى يفرضها منطق الخصومة القضائية

#### ١ — الخضوع الاختيارى :

٣٦٧ — رأينا عند التعرض للاختصاص القضائى الدولى فى القانون المقارن أن محاكم الدولة تختص بالمنازعات المشتملة على عنصر أجنبى اذا قبل المدعى عليه الخضوع لاختصاص المحكمة . وقد حرص المشرع فى المادة ٣٢ من قانون المرافعات على النص على اختصاص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التى ترفع أمامها ولو لم تكن داخلة أصلا فى اختصاصها اذا قبل الخصم ولايتها . ولم يتطلب المشرع لانعقاد المحكمة أن يكون قبول المدعى عليه صريحا ، بل اكتفى بالقبول الضمنى ، كأن يقبل مثلا الترافع أمام المحكمة دون أن يدفع بعدم الاختصاص . أما اذا لم يحضر المدعى عليه فلا يمكن اعتبار غيابه من قبيل القبول الضمنى لاختصاص المحاكم المصرية اذ تنص المادة ٣٥ من قانون المرافعات على أنه « اذا لم يحضر المدعى عليه ولم تكن محاكم الجمهورية مختصة بنظر الدعوى طبقا للمواد السابقة تحكم المحكمة بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها » .

وغنى عن البين أن غياب المدعى بعد يسبق رفع دعواه لا يؤثر فى صحة انعقاد الاختصاص للمحاكم المصرية اذ قد سبق له الاعتراف عن قبوله الخضوع للمحاكم المصرية برفع دعواه فى مصر •

**دور الارادة فى سلب الاختصاص القضائى الدولى :**

٣٦٧ مكرر — وقد اقتصر المشرع فى م ٣٢ على معالجة الاثر الايجابى للخضوع الاختيارى أى معالجة الفرض الذى تهدف فيه ارادة الخصوم الى جلب الاختصاص للمحاكم المصرية فى غير الحالات التى تضمنتها النصوص السابقة • ولم تتناول المادة ٣٢ حكم الفرض الذى يتفق فيه الخصوم على سلب الاختصاص من المحاكم المصرية واقراره لمحاكم دولة أجنبيـة •

وقد ذهب فريق من الفقـه إلى وجـوب الاعتراف للارادة بالاثر الايجابى فقط أى بجلب الاختصاص للمحاكم المصرية وعدم الاعتداد بهذه الارادة اذا ترتب عليها الانتقاص أو سلب اختصاص هذه المحاكم • ويرون أن ذلك هو النتيجة الطبيعية المترتبة على حرية كل دولة فى تنظيم الاختصاص الدولى لمحاكمها وعدم وجود قواعد دولية ملزمة فى هـذا الصدد • هذا فضلا عن أن قواعد الاختصاص القضائى تتعلق فى رأيهم بالنظام العام ومن ثم يتعين عدم الاعتداد بارادة الخصوم اذا كان من شأنها الانتقاص من هذا الاختصاص (١) •

وقد سبق لنا أن نوهنا بوجوب عدم اقحام فكرة النظام العام فى مجال تحديد الاختصاص القضائى • فمن المعلوم أن فكرة النظام العام تتسم بالمرونة وعدم الدقة مما يجعل اعمالها فى مجال الاخصاص القضائى — وهو مجال قائم أساسا على اعتبارات الملاءمة العملية ومدى الرابطة الفعلية بين النزاع ومحاكم الدولة — أمرا محفوفا بالمحاذير ، هذا فضلا

---

(١) انظر الدكتور عز الدين عبد الله : القـانون الدولى الخـاص ( الجزء الثانى ) الطبعة الثامنة صفحة ٧٤٠ والدكتور هشام صادق : تنازع الاختصاص القضائى الدولى صفحة ٥٥ .

عن أن القول بأن قواعد الاختصاص القضائى الدولى من النظام العــام يستلزم فى الحقيقة رفض كل دور للارادة الفردية فى مجال تقرير هــذا الاختصاص جلبا له أو سلبا اياه •

لذلك نرى مع فريق من الفقه المصرى الحديث(١) وجوب الاعتداد كذلك بالاثر السالب لارادة الافراد فى تحديد اختصاص المحاكم المصرية فى جميع الفروض التى لا تكون فيها العلاقة القانونية التى نشأت بشأنها المنازعة غير مرتبطة ارتباطا وثيقا بالنظام القانونى المصرى • أما اذا كانت هذه العلاقة مرتبطة ارتباطا وثيقا بالنظام القانونى المصرى فان اتفاق الاطراف على سلب اختصاص المحاكم المصرية وعقد الاختصاص لمحكمة أجبية لا يرتب أى أثر فى مواجهة القضاء المصرى • كذلك نؤيد ما يقرره هذا الفريق من أنه « يلزم الا يسمح القاضى بهــذا الخروج الارادى عن قواعد الاختصاص المقررة فى قانونه الا بعد الرجوع الى قانون الدولة التى تم الاتفاق على الخضوع اراديا لمحاكمها للوقوف على مدى سلامة هذا الخضوع وفقا للقانون الاجنبى (٢) •

## ٢ــ الدعاوى المرتبطة بالدعوى الاصلية :

٣٦٨ ــ حرص المشرع عند قيامه بوضع قانون المرافعات الجديد على الاخذ بالقاعدة التى استقر عليها العمل فى القانون المقارن والتى مقتضاها اختصاص محكمة الدولة بنظر الطلبات التى ترتبط بدعــوى أصلية مرفوعة اليها • فنص فى المادة ٣٣ من قانون المرافعات على أنه « اذا رفعت لمحاكم الجمهورية دعوى داخلة فى اختصاصها تكون هــذه المحاكم مختصة بالفصل فى المسائل الاولية والطلبات العــارضة على الدعوى الاصلية كما تختص بالفصل فى كل طلب يرتبط بهذه الدعوى ويقتضى حسن سير العدالة أن ينظر معها » •

---

(١) انظر الدكتور عكاشة عبد العال : الاجراءات المدنية والتجارية الدولية ص ٨٥ ، الدكتورة حفيظة الحداد : القانون القضائى الخاص الدولى ص ١٣٦ •

(٢) انظر الدكتور عكاشة عبد العال المرجع السابق ص ٩٢ •

ويتبين من هذا النص أولا أنه اذا كانت المحاكم المصرية مختصة بنظر الدعوى المرفوعة أمامها فانها تختص أيضـــا بالفصـــل فى جميع المسائل الاولية التى يتعين البت فيهـــا حتى يمكن الفصـــل فى النزاع الاصلى وذلك حتى ولو لم يكن النظر فى هذه المسألة الاولية يدخل أصلا فى اختصاصها اذا رفعت أمامها استقلالا • فمثلا اذا رفع نزاع بشأن عقد زواج فى الجمهورية وكانت جنسية الخصوم محل نزاع فان المحكمة تختص بنظر هذه المسألة الاولية وهى تحـــديد جنسية الخصـــوم حتى تتمكن من تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الزواج •

كذلك يتبين من هذا النص أن المحاكم المصرية تختص بالفصـــل فى الطلبات العارضة المتصلة بدعوى تدخل أصلا فى اختصاص محاكمها • وقد جعل المشرع هذا الاختصاص عاما يسرى بالنسبة لجميع الدعاوى عينية كانت أم شخصية • كما يسرى بالنسبة لجميع الطلبات العارضة المقدمة من المدعى أو المدعى عليه •

كذلك يتبين من هذا النص أن محاكم الجمهورية تختص بالفصل فى كل طلب يرتبط بدعوى مرفوعة اليهـــا اذا كان حسن سير العدالة يقتضى نظرها معها • ومن أوضح صور الارتباط وجود وحدة فى السبب أو فى الموضوع أو فى الخصوم • فان تحقق ذلك فانه يتعين على المحكمة أن تفصل فى الطلب العارض حتى ولو لم يكن يدخل فى اختصاصها اذا رفع اليها ابتداء •

**٣ — الاجراءات الوقتية والتحفظية :**

٣٦٩ — نص المشرع صراحة فى المادة ٣٤ من قانون المرافعات على أنه « تختص محاكم الجمهورية بالاجراءات الوقتية والتحفظية التى تنفذ فى الجمهورية ولو كانت غير مختصة بالدعوى الاصلية » •

ويتبين من هـــذا النص أنه يتعين على القـــاضى المصرى اتخـــاذ الاجراءات الوقتية اللازمة والامر بالاجراءات التحفظية الواجب تنفيذها

بالاقليم المصري وذلك حتى ولو ثبت عدم اختصاصه بالدعوى الاصلية ذلك أن التراخي في القيام بالإجراءات الوقتية أو التحفظية الى حين البت في النزاع الاصلي المرفوع أمام محكمة دولة أجنبية قد يكون فيه اضرار بمصالح الخصوم وضياع لحقوقهم . لذلك لم يتردد المشرع في تقرير اختصاص محاكم الجمهورية بالامر بتنفيذ الاجراءات الوقتيـة والتحفظية التي يراد تنفيذها في الجمهورية حتى ولو لم تكن المحاكم المصرية تختص أصلا بنظر النزاع وهو في هذا الصدد يتفق مع ما جرى عليه العمل في تشريعات مختلف الدول .

# الباب الثانى

## آثار الاحكام الاجنبية

### فصل تمهيدى

### فى المقصود بالأحكام الاجنبية وضرورة الاعتراف بآثارها

٣٧٠ — تلجأ الدول فى سبيل تنظيم حياة مجتمعها من الناحية القانونية الى وسيلتين رئيسيتين :

١ — الوسيلة الاولى : هى وسيلة تشريعية موجهة الى الكافة ويعبر عنها « بالقوانين » .

٢ — الوسيلة الثانية : وسيلة قضائية مقصود بها حسم المنازعات التى تنشب بين أفراد معينين ويعبر عنها « بالاحكام القضائية » .

ولما كانت الحياة الاجتماعية والاقتصادية للدولة لم تعد محدودة بحدودها السياسية بل أصبحت تتعدى هذه الحدود لتتصل بحياة الجماعات الأخرى ، فان السؤال يثور عما اذا كانت الوسائل التى تتبعها الدول فى تنظيم حياة مجتمعها القانونية يمكنها أيضا أن تمتد خارج حدود هذه الدولة .

وقد عرفنا أن القوانين يمكنها أن تمتد خارج حدود الدولة بمعنى أنها قد تلقى أحيانا تطبيقا من محاكم الدول الاجنبية .

ويثور بالتالى التساؤل : هل يمكن للحكم القضائى الصادر من محاكم الدولة أن ينتج آثارا خارج حدود الدولة التى أصدرته ، أو بعبارة أخرى ما مدى الآثار التى تنتجها الاحكام الاجنبية فى اقليمنا الوطنى ؟

**المقصود بالحكم الاجنبى :**

٣٧١ — والمقصود بالحكم الاجنبى هو الحكم الصادر باسم سيادة دولة أجنبية وذلك بغض النظر عن مكان صدور الحكم (١) ، وعلى ذلك فقد كانت الاحكام الصادرة من المحاكم القنصلية الفرنسية الموجودة بمصر فى ظل نظام الامتيازات تعتبر أحكاما فرنسية فى فرنسا بالرغم من صدورها فى مصر وذلك لان القنصل الفرنسى كان يحكم باسم دولته .

أما تحديد ما يعتبر حكما يصدر الامر بتنفيذه فيخضع لقانون القاضى المطلوب منه تنفيذ الحكم وفقا لمبدأ خضوع التكييف لقانون القاضى (١) .

والبحث هنا سيكون مقصورا على الاحكام الاجنبية الصادرة فى منازعات القانون الخاص ومن ثم فان الاحكام الاجنبية الصادرة فى المواد الجنائية أو المالية أو الادارية لا تدخل فى نطاق هذا البحث .

والعبرة فى كون الحكم الاجنبى صادرا فى مسائل القانون الخاص هى بطبيعة المسألة التى تم الفصل فيها وليس بنوع الجهة القضائية التى أصدرت الحكم . فالحكم بتعويض مدنى فى دعوى جنائية يعتبر حكما مدنيا رغم صدوره من محكمة جنائية ، أما الحكم الصادر بالغرامة فانه لا يعتبر حكما صادرا فى مجال القانون الخاص ولو كان صادرا من محكمة مدنية أجنبية .

وتعتبر الاحكام الصادرة من الهيئات الدولية التى لها سلطة القضاء كمحكمة العدل الدولية والمركز الدولى لحل المنازعات المتعلقة بالاستثمار من قبيل الاحكام الاجنبية ، كذلك تعتبر قرارات التحكيم التى تصدر

---

(١) وقد قضت محكمة النقض المصرية فى حكمها الصادر فى ٦ مايو ١٩٦٩ بأن « قانون الدولة التى يراد التمسك فيها بالحكم هو القانون الواجب التطبيق لتحديد ما هية الحكم وبيان ما يعتبر حكما يصدر الامر بتنفيذه » . مجموعة النقض المدنى لسنة ١٩٢٠ العدد الثانى ص ٧١٧ .

فى الخارج أجنبية بغض النظر عن جنسية الخصوم أو جنسية المحكمين أو المكان الذى عقدت فيه المشارطة . فالعبرة وفقا لنص المادة ٢٩٩ من قانون المرافعات المصرى بكون حكم التحكيم قد صدر فى دولة أجنبية ، اذ تقضى هذه المادة بسريان النصوص الخاصة بتنفيذ الاحكام الاجنبية فى مصر « على أحكام المحكمين الصادرة فى بلد أجنبى » .

**آثار الاحكام الوطنية :**

٣٧٢ — ولبحث الآثار التى ينتجها الحكم الاجنبى أو التى ينتجها الحكم خارج حدود دولته يتعين علينا أن نتبين أولا آثار الحكم داخل حدود الدولة التى صدر فيها .

ومن المعلوم أن الحكم الوطنى ينتج أثرين رئيسيين :

الاثر الاول : هو القوة التنفيذية وبمقتضاها يستطيع الشخص الذى صدر الحكم لصالحه اقتضاء حقه جبرا عن المدين بواسطة السلطة العامة .

والاثر الثانى : هو حجية الشىء المحكوم فيه وبمقتضاه يعتبر الحكم متضمنا قرينة لا تقبل الدليل العكسى على أنه الحق بعينه .

فالنزاع ينقضى بصدور الحكم وليس فى الامكان طرحه من جديد أمام القضاء فاذا حاول أحد الطرفين رفع نفس الدعوى من جديد أمام نفس الدرجة القضائية فان الطرف الآخر يمكنه أن يدفع بسبق الفصل فى الدعوى .

تلك بوجه عام آثار الاحكام داخل حدود الدولة التى صدرت من محاكمها فهل يجب أن نعترف للاحكام الاجنبية بنفس هذه الآثار ؟

**اهمية الاعتراف بآثار الاحكام الاجنبية :**

٣٧٣ — يمكن القول بأن السماح للحكم الاجنبى بانتاج آثاره داخل حدود الدولة يعتبر أمرا حيويا . فالحكم القضائى هو بمثابة

الحجر الأساسي في صرح القانون . فالمشرع يضع قواعد تبين حقوق الافراد والتزاماتهم ، كما يضع قواعد لتنظيم الحياة العائلية للافراد ، والحكم القضائي هو الذي يكفل اخراج كافة هذه القواعد الى حيز الوجود . فاذا كان هذا الحكم غير قابل لانتاج أي أثر فان هذه القواعد تصبح بدورها عديمة الجدوى .

وكثيرا ما تستدعي ظروف المنازعا تذات العنصر الإجنبي أن ينتج الحكم الصادر من محاكم الدولة آثاره خارج حدود الدولة التى أصدرته . فاذا أصدرت المحاكم المصرية مثلا حكما ضد أجنبي ليس له أموال بمصر ولكن توجد أمواله بدولة كايطاليا ، فان الحكم الصادر من المحاكم المصرية ضد هذا الاجنبي لن يكون له أية قيمة عملية طالما أن المحاكم الايطالية لا تسمح بتنفيذه على أموال المدين الموجودة بأقليمها .

ومن ثم فان عدم الاعتراف بالحكم الاجنبي من شأنه أن يؤدي الى اضطراب المعاملات بين الافراد . وهذا الاعتبار يزداد خطورة كلما تقدم النشاط الاقتصادي . فالمؤسسات التجارية والاقتصادية التي تتعامل مع مؤسسات أجنبية اذا لم يكن في استطاعتها استيفاء حقوقها من مدينيها المقيمين بالخارج بمقتضى الاحكام التي تصدر لصالحها من المحاكم الوطنية فانها بلا شك سينتهى بها الامر الى الامتناع عن التعامل مما يؤدي الى الاخلال بالحياة الاقتصادية للمجتمع الدولي .

وقد يمتد الاضطراب الناشيء عن عدم الاعتراف بالاحكام الاجنبية الى حياة الافراد العائلية . فمثلا اذا أصدرت محاكم دولة معينة حكما بتطليق شخص وتزوج هذا الشخص مرة ثانية وأنجب أبناء ، ثم حدث أن انتقل الى دولة أخرى وكانت هذه الدولة لا تعترف بالاحكام الاجنبية ، فان الحكم بالتطليق الذى حصل عليه سيعتبر كأن لم يكن ومن ثم فزواجه الثاني سيعتبر باطلا ، وسيعتبر الابناء الذين أنجبهم من زواجه الثاني أبناء غير شرعيين .

من ذلك يتضح أن الاعتراف بآثار الحكم الصادر من محاكم الدولة

خارج حدود دولته أمر لابد منه فى العصر الحديث لاستمرار الحيــاة الاقتصادية والاجتماعية فى المجتمع الدولى .

٣٧٤ — ولكن هل معنى ذلك أن الاحكام يجب أن تتمتع خارج حدود دولتها بنفس القيمة التى تتمتع بها داخل حدود هذه الدولة ؟ أو بعبارة أخرى هل يمكن أن نعترف للحكم الأجنبى بنفس الآثار التى تنتجهــا الأحكام الوطنية دون قيد أو شرط ؟

اذا أجبنا بالايجاب كان فى ذلك مساس بمبدأ هام هو مبدأ سيادة الدولة . فالاحكام الصادرة من محاكم الدولة تعتبر أوامرا صادرة باسم سلطان هذه الدولة . فاذا ما طلبنا من دولة أخرى تنفيذ هذه الأحكام فكأننا نطلب منها الخضوع لأوامر صادرة من سلطات دولة أجنبية .

كذلك قد يحدث أن يكون القاضى الاجنبى قد أخطأ عند فصله فى النزاع أو تحيز الى أحد الطرفين فلا يستساغ أن نسمح بتنفيذ مثــل هذا الحكم المعيب .

وأخيرا قد يؤدى الاعتراف للاحكام الاجنبية بآثارها دون قيــد أو شرط الى تحايل بعض الافراد للهروب من القضاء الوطنى والالتجاء الى قضاء دولة أخرى للوصول الى ما استحال عليهم الحصول عليه من قضاء دولتهم .

نخلص من ذلك الى أنه اذا كان من الضرورى كما بينا أن تمتد آثار الحكم خارج حدود الدولة التى أصدرته فان هذه الآثار ليست مطلقة بأى حال من الاحوال ، ولا يمكن أن تترتب الا بقيود وشروط عديدة .

وسنتناول فى فصل أول بيان القوة التنفيذية للاحكام الاجنبية فى القانون المقارن والقانون الوضعى .

ثم نتناول فى فصل ثان حجية الأحكام الاجنبية فى القانون المقارن والقانون الوضعى وكذلك آثاره الأخرى الغير متعلقة بالقوة التنفيذية .

## الفصل الاول

## القوة التنفيذية للاحكام الاجنبية فى القانون المصرى والقانون المقارن

٣٧٥ — لما كان الحكم الاجنبى يصدر باسم دولة أجنبية فقد أجمعت الدول على عدم السماح بتنفيذ الحكم الاجنبى مباشرة داخل اقليم الدولة ، وانما تتطلب لامكان اجراء التنفيذ قيام من صدر الحكم لصالحه بالالتجاء الى القضاء الوطنى أولا .

واذا قارنا بين النظم القانونية فى مختلف الدول امكننا أن نستخلص وجود نظامين رئيسيين للوصول الى تنفيذ الحكم الاجنبى : النظام الاول ويعرف باسم نظام الدعوى والنظام الثانى ويعرف باسم نظام الامر بالتنفيذ . وسنتناول كل من النظامين بالبحث بايجاز (١) .

### نظام الدعوى ونظام الامر بالتنفيذ :

٣٧٦ — تأخذ الدول المتأثرة بالنظام الانجليزى بنظام الدعوى ومقتضى هذا النظام أن الحكم الاجنبى لا يمكن تنفيذه مباشرة بواسطة السلطة العامة فى الدولة بل يتعين رفع دعوى جديدة أمام القضاء الوطنى للمطالبة من جديد بالحق الذى أقره الحكم الاجنبى .

وقد كانت القاعدة المتبعة فى هذه الدول هى اعتبار الحكم الاجنبى دليلا ظاهرا Prima Facie أى دليلا يقبل اثبات العكس فيجوز للمدعى عليه الطعن فى صحة الوقائع المبنى عليها الحكم أو الطعن بالخطأ فى تطبيق القانون . وعلى القاضى الوطنى حينئذ أن ينظر موضوع النزاع من جديد ليتأكد من صحة الحكم الاجنبى .

---

(١) راجع فى تفاصيل هذا الموضوع مؤلفنا :
La Valeur Internationale des Jugements.
صفحة ٢٠ وما بعدها وصفحة ٥٣ وما بعدها .

غير أنه ما لبث أن تطور القضاء تدريجيا تحت تأثير حاجة المعاملات الدولية الى أن استقر على اعتبار الحكم الاجنبى دليلا حاسما Conclusive فى اثبات حق المدعى الذى يحتج بالحكم ، بمعنى أنه لا يجوز للمدعى عليه أن يطعن فى صحة الحكم المقدم كدليل سواء من حيث تطبيق القانون أو من حيث صحة الوقائع . فعلى القاضى الاخذ بهذا الدليل بمجرد توافر بعض الشروط الشكلية ودون أن يفحص موضوع الحكم للتأكد من صحة ما ورد فيه .

ولهذا المبدأ فى الواقع نتيجة هامة اذ أن القاضى الوطنى سيضطر الى الحكم لصالح كل من يرفع دعوى مبنية على حكم أجنبى دون أن يتحقق من صحة الحكم من حيث الموضوع .

أما الدول المتأثرة بالنظام الفرنسى ومنها مصر فتأخذ بما يعرف بنظام الامر بالتنفيذ . ومؤدى هذا النظام أن الحكم الاجنبى لا يتمتع بالقوة التنفيذية فى اقليم الدولة الا بعد شموله من المحاكم الوطنية بالامر بالتنفذ Exequatur ، والقاضى الوطنى لا يشمل الحكم الاجنبى بالامر بالتنفيذ الا بعد التحقق من توافر عدة شروط لازمة لصحة الحكم من الناحية الدولية . ويمكن وصف هذه الشروط بالشروط الخارجية للحكم بمعنى أنها لا تمس موضوع الحكم الاجنبى نفسه وانما تتعلق فقط بصدوره صحيحا فى المجال الدولى من الناحية الشكلية وقد جرى العمل على تسمية هذا النظام بنظام المراقبة . وقد أخذ التشريع المصرى كمبدأ عام بهذا النظام .

### نظام المراجعة : Systéme de La révision

٣٧٧ — غير أن العمل جرى فى بعض الدول على عدم الاكتفاء بالتحقق من توفر الشروط الخارجية السالفة الذكر ، بل تشترط هذه الدول فوق ذلك أن يقوم القاضى الوطنى بمراجعة موضوع الحكم نفسه قبل الامر بتنفيذه وذلك للتأكد من أن القاضى الذى أصدر الحكم قد فصل فى النزاع على وجه سليم . فالقاضى المطلوب منه الامر

بالتنفيذ يقوم في هذه الحالة بنظر النزاع من جديد بالرغم من أن القاضى الاجنبى قد سبق له البت فى موضوع النزاع نهائيا . فالقاضى الوطنى ينظر فى وقائع الدعوى من جديد كما يبحث عما اذا كان القاضى الأجنبى قد طبق القانون تطبيقا سليما على النزاع . فاذا تبين أن القاضى الاجنبى قد أخطأ فى تقدير الوقائع أو فى تطبيق القانون ، فان القاضى الوطنى يرفض الامر بتنفيذ الحكم الاجنبى .

ويعيب هذا النظام أن من شأنه اهدار كل قيمة للحكم الاجنبى واعتباره كأن لم يكن ، فالقاضى الوطنى يتجاهل فى الواقع هنا عمل القاضى الاجنبى ويعطى لنفسه الحق فى نظر النزاع من جديد ، هذا فضلا عن صعوبة نظر النزاع من جديد من الناحية المادية ، اذ كيف يمكن للقاضى أن يفصل من جديد فى نزاع توجد جميع ملابساته والادلة المتعلقة به فى الخارج ؟

لذلك نجد أن معظم الدول تكتفى لاصدار الامر بالتنفيذ بالتحقق من أن الحكم الاجنبى قد استوفى الشروط الخارجية التى سنعرض لها دون أن تتطلب مراجعة الحكم من حيث الموضوع . وجدير بالذكر أن نظام المراجعة ظل سائدا فى فرنسا حتى تاريخ قريب . ولم تعدل عنه محكمة النقض الفرنسية الا سنة ١٩٦٤ فى حكمها الصادر فى قضية Munzer الشهيرة (١) .

---

(١) انظر حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر فى ٧ يناير سنة ١٩٦٤ منشور فى Clunet ١٩٦٤ صفحة ٣٠٢ .

## المبحث الاول

## الشروط اللازمة للأمر بتنفيذ الحكم الاجنبى (١)

### الشرط الاول :

### مبدأ المعامـلة بالمثل أو التبـادل

Reciprocitè

٣٧٣ — ومقتضى هذا المبدأ أنه لا يجـوز تنفيذ الحـكم الأجنبى الا اذا كانت الدولة التى صدر باسمها الحـكم تقبل تنفيذ الاحـكام الصادرة من المحاكم المصرية وبنفس القدر •

ولكن يلاحظ أن مبدأ التبادل لا يشمل الشروط الاساسية اللازمة لصحة الحكم من الناحية الدولية والتى سنتعرض لها فيما بعد •. فهذه الشروط تشكل الحد الادنى لما يجب توافره فى الحكم الاجنبى ويجب على القاضى أن يتحقق من وجودهـا حتى ولو لم تكن الدولة الاجنبية تتطلب توافر كافة هذه الشروط عند تنفيذها للاحكام الوطنية •

وتختلف الدول من حيث تقريرها لكيفية التحقق من وجود التبادل ، فمنها ما يتطلب أن يكون التبادل دبلوماسيا ومنها ما يتطلب أن يكون التبادل تشريعيا ومنها ما يتطلب أن يكون التبادل واقعيا •

أما التبادل الدبلوماسى فهو الذى يكون منصوصا عليه فى معـاهدة معقودة بين دولتين • فاذا وجد نص فى معاهدة يقضى بضرورة تنفيذ محاكم كل دولة للاحكام الصادرة من محاكم الدولة الأخرى فانه يتعين على القاضى الوطنى فى هذه الحالة أن ينفذ الحكم الاجنبى •

أما التبادل التشريعى فمقتضاه ألا تقوم محاكم دولتنـا بتنفيـذ أحكام الدولة الاجنبية الا اذا كان تشريع هذه الاخيرة يتضمن نصـا يسمح بتنفيذ أحكامنا لدى هذه الدولة •

---

(١) يتعين ملاحظة ان احكام التشريع المصرى لا تسرى فى حالة وجود معاهدة بين مصر ودولة اجنبية بشأن تنفيذ الاحكام الاجنبية ( المـادة ٣٠١ من قانون المرافعات المصرى ) .

ولكن قد يحدث أن يشترط تشريع الدولة الاجنبية أيضا لتنفيذ أحكامنا أن تكون أحكام هذه الدولة الاجنبية نافذة لدينا ، فهنا نقع في حلقة مفرغة اذا كان كل طرف ينتظر أن يبدأ الطرف الآخر بالتنفيذ • وللخروج من هذا المأزق جرى العمل على اعتبار مبدأ التبادل متوافر فى مثل هذه الحالة •

وأما التبادل الواقعى فمعناه عدم قبول تنفيذ الاحكام الاجنبية الا اذا كانت الدولة الاجنبية تسمح فعلا بتنفيذ أحكامنا • فلا نبحث عن وجود معاهدة أو نص تشريعى لاثبات توافر التبادل بل يجب أن نتحقق مما يجرى عليه العمل فعلا أمام القضاء الاجنبى •

وجدير بالذكر أن العبرة فى تقدير التبادل ليست بالنظر الى الدولة التابع لها الخصوم بل ان العبرة بالدولة التى صدر منها الحكم المراد تنفيذه •

٣٧٩ — وقد تعرض مبدأ التبادل فى الفقه الدولى الحديث للنقد الشديد وذلك لاسباب عديدة نوجز بعضها فيما يلى :

أولا : من الصعب من الناحية العملية التحقق من توافر التبادل • فالقاضى الوطنى المطلوب منه تنفيذ الحكم الاجنبى لا يمكنه أن يبحث فى قضاء وتشريعات جميع الدول الاجنبية للتأكد من سماحها بتنفيذ أحكامه الوطنية •

ثانيا : ليس من مصلحة الدولة دائما أن تعلق تنفيذ الحكم الاجنبى على شرط التبادل ، فمثلا لو حصل أحد المصريين على حكم من محكمة ايطالية ضد أحد الايطاليين وأراد تنفيذ هذا الحكم على أموال الايطالى الموجودة بمصر فان القاضى المصرى سيرفض تنفيذ الحكم اذا لم تكن ايطاليا تنفذ الاحكام المصرية • فاذا أمعنا النظر وجدنا أن رفض تنفيذ الحكم الايطالى لم يضر بأية مصلحة أجنبية بل أضر بالمصلحة المصرية اذ أن الدائن المصرى لن يستطيع الحصول على دينه من مدينه الايطالى •

ثالثا : قد يؤدى اشتراط التبادل الى تحايل الدول الاخرى لامكان تنفيذ أحكامها لدى الدولة المشترطة التبادل • وأهم مثل لذلك ما حدث بشأن زلزال وحريق سان فرنسيسكو سنة ١٩٠٦ فعلى أثر هذا الزلزال رفع الافراد دعاوى تعويض ضد شركات التأمين ، وحكمت لهم المحاكم فعلا بتعويضات ضد هذه الشركات • ولما كانت أموال شركات التأمين كلها كائنة بألمانيا صار من المتعين تنفيذ أحكام التعويض هذه بألمانيا • غير أنه اتضح أن المشرع الالمانى يشترط توافر التبادل للسماح بتنفيذ الاحكام الاجنبية فى المانيا ، وحينئذ سارع مشرع كاليفورنيا بالنص على مبدأ التبادل أيضا فى تشريعه قاصدا بذلك التحايل على القضاء الالمانى ليسمحوا بتنفيذ الاحكام الامريكية • غير أن القضاء الالمانى لم يقبل هذه الحيلة ورفض الامر بالتنفيذ •

رابعا وأخيرا : فان شرط التبادل لا يكفل للدولة أن الاحكام الاجنبية التى ستنفذ أحكاما سليمة وجديرة بالتنفيذ بل ان الامر قد يكون على العكس من ذلك • فيكفى مثلا أن تعترف دولة ذات قضاء غير نزيه بالاحكام المصرية حتى تعترف مصر بأحكامها وذلك فى الوقت الذى ترفض فيه مصر الاعتراف بأحكام دولة قضاؤها معروف بالنزاهة والعدل لان هذه الدولة لا تعترف بالاحكام المصرية •

٣٨٠ — وبالرغم مما وجه الى مبدأ التبادل من نقد فى الفقه الدولى فان قانون المرافعات المصرى قد نص عليه فى المادة ٢٩٦ التى تقضى بأن « الاحكام والاوامر الصادرة من بلد أجنبى يجوز الامر بتنفيذها بنفس الشروط المقررة فى قانون ذلك البلد لتنفيذ الاحكام والاوامر المصرية فيه » •

ويتبين من هذا النص أن المشرع المصرى علق تنفيذ الحكم الاجنبى على تحقق القاضى من أن تشريع الدولة الاجنبية الصادر من قضائها الحكم يتضمن نصا يسمح بتنفيذ الاحكام الصادرة من جمهورية مصر العربية •

ولكن ما العبرة فى تقدير وجود التبادل ؟ هل العبرة بالمعاملة الشكلية التى تلقاها الاحكام الوطنية فى البلد الذى صدر منه الحكم

الاجنبى المراد تنفيذه ؟ أم هل العبرة بالقيمة التنفيذية الفعلية التى تعطيها المحاكم الاجنبية لحكمنا الوطنى بصرف النظر عن الوسيلة الشكلية أو الاجرائية التى تتبعها المحاكم الاجنبية فى الاعتراف للحكم الاجنبى بآثاره ؟

يرى فريق من الفقه أن المراد بالتبادل هو أن تعامل الاحكام الصادرة من دولة أجنبية نفس المعاملة التى تعامل بها الاحكام الصادرة من محاكمنا الوطنية لدى هذه الدولة الأجنبية . فاذا كانت الدولة الأجنبية تشترط رفع دعوى جديدة لينتج حكمنا أثره لديها تعين حينئذ على من صدر له حكم من محاكم هذه الدولة الاجنبية أن يرفع دعوى جديدة أمام محاكمنا اذا ما أراد اقتضاء حقه ويكون للحكم الاجنبى فى هذه الدعوى نفس قوة الاثبات التى يتمتع بها الحكم المصرى لدى المحكمة التى أصدرت هذا الحكم الاجنبى .

ولكنا نرى أن تقدير التبادل لا يجب أن يقوم على أساس المعاملة الشكلية بل يجب أن يكون هذا التقدير على أساس القيمة التنفيذية الفعلية التى تعطيها المحاكم الاجنبية للحكم المصرى وذلك بغض النظر عن الوسيلة التى تتبعها المحاكم الاجنبية فى هذا الصدد ، أى حتى ولو لم تكن تأخذ بنفس الطريقة المتبعة فى مصر لتنفيذ الاحكام الاجنبية . وقد سار القضاء المصرى فعلا على هذا النهج فى بعض أحكامه ، فقد حكمت المحاكم المختلطة بتحقق شرط التبادل بين مصر وانجلترا بشأن تنفيذ الاحكام الاجنبية بالرغم من أن المحاكم الانجليزية تتبع وسيلة مختلفة لتنفيذ الاحكام المصرية . ذلك أنه بالرغم من اختلاف الوسيلة فانها تصل الى نفس النتيجة اذ تعتبر كل من انجلترا ومصر الحكم الاجنبى دليلا حاسما للحق الذى يستند اليه ، ولا تتطلب فحص موضوع الحكم الاجنبى من جديد . وعلى ذلك فلا يهم فى تقدير التبادل أن يتم تنفيذ الحكم بطريقة دون الاخرى ما دام هذا الحكم سيحترم وينفذ فعلا .

٣٨١ — وجدير بالذكر أن قانون المرافعات القديم الصادر سنة ١٩٤٨ كان يتضمن النص على شرط التبادل فى المادة ٤٩١ . وقد نادى

الفقه المصرى بضرورة حذف هذا النص نظرا للانتقادات الشديدة التى توجه الى مبدأ التبادل ولكن مما يؤسف له أن المشرع أعاد النص على هذا المبدأ فى قانون المرافعات الجديد . والواقع أن مبدأ التبادل وان كان مرغوبا فيه بالنسبة للعلاقات السياسية بين الدول الا أنه لا محل له اذا ما تعلق الأمر بحقوق الافراد ومصالحهم ، فحقوق الافراد يجب أن تكون بعيدة عن الاعتبارات السياسية وأن يتم البت فيها وفقا لمقتضيات العدالة وحاجة المعاملات دون أن تتأثر بأى اعتبار خارجى .

٣٨٢ — ولما كان دور القاضى المصرى المطلوب منه الامر بتنفيذ الحكم الاجنبى ينحصر فى اصدار هذا الامر أو رفضه كما سنرى فيما بعد ، فان السؤال يثور عن موقف هذا القاضى اذا كانت الدولة الاجنبية التى صدر بها الحكم تأخذ بنظام المراجعة وتمنح محاكمها الحق فى تعديل الحكم المصرى . هل يجوز للقاضى المصرى فى هذه الحالة أن يعدل الحكم الاجنبى تطبيقا لمبدأ التبادل ؟

نرى مع غالبية الفقه المصرى (١) عدم جواز تعديل الحكم الاجنبى حتى ولو كان القضاء الاجنبى يسمح بهذا التعديل . ذلك أن موضوع دعوى الامر بالتنفيذ ينحصر فى طلب تنفيذ الحكم الاجنبى ذاته . وعلى ذلك فان دور القاضى المطلوب منه الامر بالتنفيذ ينحصر فى اصدار هذا الامر أو رفضه كما سنرى فيما بعد .

**الشرط الثانى : اختصاص المحاكم الاجنبية بالفصل فى النزاع :**

٣٨٣ — والمقصود هنا الاختصاص الدولى لمحاكم الدولة الاجنبية . أما فيما يتعلق بالاختصاص الداخلى للمحكمة الاجنبية فالرأى الغالب

---

(١) انظر فى ذلك الدكتور عز الدين عبد الله المرجع السابق صفحة ٨٩٢ والدكتور هشام صادق المرجع السابق صفحة ٢٠٠ والدكتور عكاشة عبد العال : الإجراءات المدنية والتجارية الدولية صفحة ٢٩٥ .

فى الفقه هو عدم النظر فى توافره • فالقاضى الوطنى ليس ملزما بالتحقق من أن المحكمة الاجنبية التى أصدرت الحكم كانت مختصة نوعيا ومحليا بالفصل فى النزاع بل يمكنه أن يأمر بتنفيذ الحكم الاجنبى حتى ولو كان هذا الاختصاص غير متوافر لدى المحكمة الاجنبية ، وذلك الا اذا كان عدم توافر هذا الاختصاص من شأنه أن يجعل الحكم باطلا لدى الدولة التى صدر من محاكمها ، اذ من البديهى ألا نسمح بتنفيذ حكم أجنبى اذا كان الحكم قد صدر غير صحيح فى دولته ذاتها •

وفيما عدا الحالة السابقة لا يلزم التحقق من توافر الإختصاص الداخلى بل يكفى التحقق فقط من أن الحكم الاجنبى قد صدر من محاكم مختصة دوليا باصداره • ولكن وفقا لاى قانون يجب تحديد هذا الاختصاص ؟ هل يتحدد وفقا لقانون الدولة المطلوب فيها التنفيذ أم هل يتم تحديده وفقا لقانون الدولة التى أصدرت محاكمها الحكم ؟

٣٨٤ — تشترط بعض الدول أن يكون القاضى الذى أصدر الحكم الاجنبى مختصا وفقا لقانون الدولة المطلوب التنفيذ فيها ، أى أن الاختصاص الدولى للقاضى الاجنبى يحدده قانون بلد التنفيذ لا قانون دولة القاضى الاجنبى • فاذا طلب مثلا تنفيذ حكم أجنبى أمام القاضى الفرنسى فالقاضى الفرنسى يطبق قواعد الاختصاص الفرنسية ليتبين ما اذا كان القاضى الاجنبى مختصا أم غير مختص باصدار الحكم •

وواضح ما فى هذا الشرط من منافاة للمنطق ومن صعوبة فى التطبيق ، فهو يتطلب من القاضى الذى أصدر الحكم الاجنبى أن يحدد اختصاصه وفقا لقانون الدولة التى سينفذ فيها الحكم ، أى وفقا لقواعد الاختصاص التى يأمر بها مشرع دولة أجنبية • ومن المعلوم أن القاضى لايمكنه أن يأتمر الا بأوامر مشرع دولته فقط هذا فضلا عن أن القاضى عندما يفصل فى النزاع لا يمكنه أن يحدد مقدما المكان الذى سيتم فيه تنفيذ الحكم الصادر منه •

لذلك حادت العديد من التشريعات الحديثة تحت تأثير الفقه الدولى عن هذا الاتجاه مقررة أن الحكم الاجنبى يجب أن يكون صادرا من

محكمة مختصة وفقا لقانونها . وقد اتجه القضاء الفرنسى الحديث هذا الاتجاه . غير أنه اشترط أن تكون الرابطة بين النزاع وبين المحكمة الاجنبية متحققة بطريقة واضحة وألا تكون المحاكم الفرنسية مختصة كذلك بنظر النزاع (١) .

٣٨٥ — وقد سار المشرع المصرى عند وضعه قانون المرافعات الجديد — أسوة بما جرى عليه قانون المرافعات القديم — على نهج الفقه الحديث فتقضى المادة ٢٩٨/١ بأنه لا يجوز الامر بالتنفيذ الا بعد التحقق من « أن محاكم الجمهورية غير مختصة بالمنازعة التى صدر فيها الحكم أو الامر وأن المحاكم الاجنبية التى أصدرته مختصة بها طبقا لقواعد الاختصاص القضائى الدولى المقررة فى قانونها » .

ويتبين من هذا النص أن المشرع يتطلب لامكان تنفيذ الحكم الاجنبى أن يكون صادرا من محكمة مختصة دوليا باصداره وفقا لقانونها . غير أن المشرع أورد قيدا هاما مقتضاه أنه يتعين أن تكون المنازعة التى صدر بشأنها الحكم الاجنبى لا تدخل فى اختصاص محاكم الجمهورية وفقا لقواعد الاختصاص القضائى الدولى للمحاكم المصرية . ويثور السؤال حول مجال تطبيق هذا القيد .

وبالرجوع الى المذكرة الايضاحية لقانون المرافعات يتضح أن المشرع قد ترك عامدا تحديد المقصود بهذا القيد « لاجتهاد الفقه والقضاء يواجهان به تطور المعاملات الخاصة الدولية » .

الواقع أن الاخذ بعموم النص يؤدى الى القول بأن القاضى المطلوب منه الامر بالتنفيذ يجب عليه أولا أن يبحث عما اذا كانت المنازعة التى

---

(١) انظر حكم محكمة النقض الفرنسية فى قضية Simitch الشهيرة الصادر فى ٦ فبراير ١٩٨٥ منشور فى صفحة ٤٦٠ Clunet وقارن مقالنا :

Fouad RIAD : Compétence étrangere et jugements étrangers

منشور بمجلة القانون والاقتصاد السنة ٢٦ صفحة ٧ وما بعدها .

صدر فيها الحكم الاجنبى تدخل ضمن دائرة اختصاصه وفقا لقواعد الاختصاص الوطنية أم لا تدخل ، فان تبين للقاضى المصرى أن النزاع يدخل فى ولاية قضاء جمهورية مصر العربية فانه يتعين أن يرفض الامر بتنفيذ الحكم الاجنبى الصادر فى نفس المنازعة لان لختصاص محاكم الجمهورية ينفى اختصاص المحاكم الاجنبية .

غير أن الاخذ بالحل السابق على اطلاقه من شأنه الاقلال الى حد كبير من الاحكام الاجنبية القابلة للتنفيذ مما قد يترتب عليه الاضرار بالمعاملات الدولية . لذلك اتجه غالب الفقه ، كما اتجهت محكمة النقض المصرية فى قضائها الحديث الى التفرقة بين نوعين من الاختصاص القضائى :

الاول : اختصاص يمكن تسميته بالاختصاص المانع أى المقصور على المحاكم المصرية Compétence exclusive ويتعين عدم تنفيذ الحكم الاجنبى الصادر بشأن منازعة داخلة فيه . غير أن الامر يدق بشأن تحديد الحالات التى يكون فيها النزاع داخلا فى الاختصاص المانع لمحاكم الدولة .

يرى بعض الفقه الفرنسى الحديث أنه يمكن التعرف على هذه الحالات بالنظر الى طبيعة المنازعة ومدى امكان تركيزها فى اقليم الدولة [1] ، كأن تتعلق المنازعة بعقار كائن باقليم الدولة أو أن يكون المدعى عليه متوطنا بهذا الاقليم أو أن تتعلق الدعوى بافلاس أشهر بهذه الدولة .

ويرى فريق من الفقه المصرى ربط حالات الاختصاص المانع بفكرة

---

(١) انظر فى ذلك :

Butiffol et Lagarde : Droit International Privé.

الجزء الثانى ( الطبعة السابعة ) صفحة ٥٦٤ . وهو يضيف ان الاختصاص يكون متصورا كذلك على محاكم الدولة اذا اختار الاطراف محاكم هذه الدولة لفض المنازعة بغض النظر عن صلتها باقليم الدولة . وقارن :

Mayer : Droit International Privé.

الطبعة الرابعة ( ١٩٩١ ) صفحة ٢٤٠ وما بعدها .

النظام العام القضائى بمعنى أنه يتعين عدم الاعتداد باختصاص المحكمة الاجنبية ورفض الامر بتنفيذ الحكم الصادر منها كلما كان اختصاص المحاكم المصرية قائما على ضابط مرده فكرة النظام العام (١) ٠

غير أننا نرى من الافضل كما سبق البيان عدم اقحام فكرة النظام العام — وهى فكرة مرنة غير منضبطة المعالم — فى تحديد مجال الاختصاص القضائى الدولى الذى يخضع الى حد كبير للاعتبارات العملية والضوابط الاقليمية البعيدة عن الافكار المجردة ٠

ويكفى فى رأينا الرجوع فى تحديد حالات الاختصاص القضائى الدولى المانع الى فكرة الرابطة الوثيقة التى سبق لنا الاستناد اليها فى مجال الاحالة القضائية ٠ فاذا كانت الرابطة بين مصر والنزاع المطروح وثيقة بشكل يفوق الصلة بين هذا النزاع وأية دولة أخرى تعين حينئذ عدم الاعتداد باختصاص محاكم أية دولة أخرى بنظر نفس النزاع وبالتالى عدم السماح بتنفيذ الحكم الاجنبى الصادر فى هذا النزاع ٠

---

(١) انظر الدكتور احمد عبد الكريم سلامة : اصول المرافعات المدنية الدولية صفحة ٤٦٧ ٠ ويذهب فريق من الفقه المصرى ( الدكتور عز الدين عبد الله : القانون الدولى الخاص ، الجزء الثانى صفحة ٩٠٤ ) الى ان القاعدة العامة هى ان الحكم الاجنبى لا يمكن تنفيذه فى مصر اذا كان نفس النزاع يدخل فى اختصاص المحاكم المصرية ٠٠ غير انه يجوز استثناء من هذه القاعدة الامر بتنفيذ هذا الحكم فى مصر استجابة لاعتبارات الملاءمة « المبنية على العدالة وحاجة المعاملات الدولية » ويفرق فريق آخر ( الدكتور محمد كمال فهمى : اصول القانون الدولى الخاص صفحة ٦٧٤ ) بين قواعد الاختصاص الوجوبى وقواعد الاختصاص الجوازى ويرتب على هذه التفرقة ضرورة امتناع القاضى عن اصدار الامر بتنفيذ الحكم الاجنبى اذا كان النزاع الصادر بشأنه هذا الحكم يدخل فى مجال الاختصاص الوجوبى للمحاكم المصرية بينما يمكن الامر بتنفيذ الحكم الاجنبى اذا كان النزاع يدخل فى مجال اختصاصها الجوازى تأسيسا على ان المحكمة الاجنبية تشارك حينئذ المحكمة المصرية الاختصاص بالنزاع ٠

أما اذا كانت صلة النزاع الذى صدر بشـأنه الحـكم الاجنبى لا تقل وثوقا بالدولة الاجنبية عنه بجمهورية مصر العربية تعين حينئذ فى رأينا السماح بتنفيذ الحكم الاجنبى رغم اختصاص المحاكم المصرية بنظر نفس النزاع • ويمكن القـول حينئذ بوجـود ما يمكن تسميته بالاختصاص المشترك بين المحاكم المصرية ومحاكم الدولة الاجنبية التى اصدرت الحكم Compétence Concurrente بمعنى أن الاختصاص بنظر النزاع يكون ثابتا للمحاكم المصرية كما يكون ثابتـا فى نفس الوقت لمحاكم الدولة الاجنبية اذا كان قانونها يمنحها هذا الاختصاص وبالتالى يتعين على القاضى المصرى الامر بتنفيذ الحكم الاجنبى •

٣٨٦ — وقد أكد القضاء المصرى صراحة التفرقة بين الاختصاص المانع والاختصاص المشترك فى حكم حديث لمحكمة النقض صـادر فى ٢٨ نوفمبر ١٩٩٠ ( غير منشور ) حيث قضت المحكمة بأن « المقصـود بشرط عدم اختصاص المحاكم المصرية بنظر المنازعة لجواز الامر بتنفيذ الحكم الاجنبى هو الاختصاص المانع أو الاختصاص الانفرادى أى فى الحالة التى يكون فيها الاختصاص بنظر النزاع قاصرا على المحـاكم المصرية • أما اذا كانت المحاكم الاجنبية مختصة بنظر النزاع طبقـا لقواعد الاختصاص الدولى المقررة فى قانونها الى جانب المحاكم الوطنية وهو ما يعرف بالاختصاص المشترك فلا يحول دون الامر بتنفيذ الحكم الاجنبى طالما لا يتعارض مع حكم سبق صدوره من المحاكم الوطنية » •

وقد القى هذا الحكم مزيدا من الضوء ما سبق لمحكمة النقض المصرية أن قررته فى حكمها الصادر فى ٢ يوليو ١٩٦٤ حيث قضت بأن الاختصاص المنعقد للمحاكم المصرية بناء على توطن المدعى عليه فى مصر لا يحول دون تنفيذ حكم صادر من محكمة أجنبية فى مصر متى كان اختصاص

هذه المحكمة « يقوم أصلا على أساس المحل الذى أبرم فيه العقد وكان مشروطا تنفيذه فيه » (١) .

وعلى ذلك يمكن القول بأن القضاء المصرى يعترف باختصاص المحكمة الاجنبية ويسمح بتنفيذ الحكم الصادر منها رغم اختصاص المحاكم المصرية بنفس النزاع ، وذلك اذا كان اختصاص المحكمة الاجنبية يقوم على رابطة لا تقل وثوقا عن الرابطة التى تربط النزاع بالاقليم المصرى . وقد زاد هذا المبدأ وضوحا فى حكم محكمة النقض الاخير الصادر فى ١٩٩٠/١١/٢٨ حيث قررت أنه « لما كانت المحاكم اليمنية مختصة بنظر النزاع طبقا للمادة ٤٢ من قانون المرافعات اليمنى باعتبارها البلد الذى أبر فيه العقد كما أن المحاكم المصرية مختصة أيضا بنظر النزاع عملا بالفقرة الثانية من المادة ٣٠ من قانون المرافعات المصرى باعتبارها بلد التنفيذ فان ذلك لا يحول دون الامر بتنفيذ الحكم الاجنبى الصادر من المحاكم اليمنية » .

**الشرط الثالث : الحكم حائزا قوة الامر المقضى به .**

تشترط أغلب التشريعات الحديثة للامر بتنفيذ الحكم الاجنبى أن يكون حائزا قوة الامر المقضى به . والمرجع فى اعتبار الحكم متمتعا بقوة الامر المقضى به هو قانون الدولة التى صدر من محاكمها . وعلى ذلك لا يجوز الامر بتنفيذ الحكم الاجنبى اذا كان لا زال قابلا للطعن فيه بالطرق العادية.أما اذا كان باب الطعن بالطرق غير العادية لا زال مفتوحا فأن ذلك لا يحول دون تنفيذ الحكم . والحكمة فى هذا الشرط واضحة ذلك أن الحكم الاجنبى الذى لم يحز قوة الامر المقضى به

---

(١) مجموعة احكام محكمة النقض السنة ١٥ العدد الثانى صفحة ٩٠٩

يكون قابلا للطعن فى الدولة التى صدر بها مما قد يؤدى الى تعديله أو الغــائه .

ولا يجوز تنفيذ الحكم الاجنبى غير النهائى حتى ولو كان مشمولا بالنفاذ المعجل ذلك أن هذا الحكم قد يعدل أو يلغى وبذلك تكون الدولة التى سمحت بالتنفيذ فى مأزق . فهى اما أن تتمسك بالتنفيذ بالنسبة لحكم لم يعد قابلا للتنفيذ فى الدولة التى صدر بها واما أن تعــدل فى التنفيذ تبعا للتعديل الذى طرأ على الحكم فى دولته . وكلا الحلين غير مقبــول (١) .

وقد نص قانون المرافعات المصرى فى المادة ٣/٢٩٨ على أنه لا يجوز الامر بالتنفيذ الا بعد التحقق من « أن الحكم أو الامر حاز قوة الامر المقضى طبقا لقانون المحكمة التى أصدرته » .

**الشرط الرابع : عدم مخالفة الحكم الاجنبى للنظام العام :**

٣٨٧ — بينا أن التعارض مع النظام العام من شأنه أن يؤدى فى مجال تنازع القوانين الى استبعاد تطبيق القانون الأجنبى الذى تشير بتطبيقه قاعدة الاسناد الوطنية . كذلك فان فكرة النظام العــام من شأنها أن تحول دون تنفيذ الحكم الاجنبى اذا كان هذا الحكم يتعارض مع أى من الاسس التى يقوم عليها النظام الاجتماعى والاقتصادى فى الدولة المطلوب تنفيذ الحكم فيها .

وقد سبق لنا التنويه بأن فكرة النظام العام يختلف أثرها وفقــا لكون المطلوب هو نشوء المركز القانونى فى دولة القاضى أو الاعتراف بمركز قانونى تم نشوئه خارج دولة القاضى . فاذا كان المركز القانونى قد تم نشوئه خارج دولة القاضى كما هو الحال فى مجال تنفيذ الاحكام

---

(١) كذلك لا يجوز فى رأينا الامر بتنفيذ الاحكام الوقتية باعتبارها غير حائزة قوة الامر المقضى . انظر فى مناقشة هذا الرأى الدكتور عكاشــة عبد العال المرجع السابق صفحة ٣٨٢ .

الاجنبية ، كان أثر فكرة النظام العام مخففا أى أقل حدة عما اذا كان المطلوب هو انشاء المركز القانونى فى دولة القاضى المطلوب منه تنفيذ الحكم • وبعبارة أخرى فان النظا مالعام قد يتعارض مع انشاء الحق فقط دون أن يتعارض مع الاعتراف بآثار هذا الحق بعد انشائه • من ذلك مثلا عدم السماح بايقاع الطـلاق بالارادة المنفردة فى فرنسـا لتعارضه مع النظام العام والاعتراف مع ذلك بآثار هذا الطلاق اذا كان قد وقع فى الخارج (١) •

واذا كان المستقر أن للنظام العـام أثر مخفف فى مجـال تنفيذ الاحكام الاجنبية أو مجال الاعتراف بآثار مركز قانونى نشأ فى الخارج فانه من العسير وضع معيار ثابت للتمييز بين الحالات التى يتم فيهـا تدخل النظام العام لمنع نشوء المركز القانونى فى دولة القاضى وحالات عدم جواز الاعتراف بالحكم الاجنبى أو بالمركز القانونى الذى نشأ فى الخارج • فالقاضى يتمتع فى هذا الصدد بسلطة تقديرية خاصة وأن فكرة النظام العام نفسها فكرة لا تخلو من المزونة كما سبق البيان •

٣٨٨ — وقد يتحقق تعارض الحكم الاجنبى مع النظام العام فى مضمون الحكم الاجنبى نفسه ، كما قد يكون هذا التعارض نابعا من الاجراءات التى اتبعت فى اصدار الحكم الاجنبى •

فقد ينطوى مضمون الحكم الاجنبى نفسه على مساس بالاسس التى يقوم عليها المجتمع من الناحية الاجتماعية أو الاقتصادية كما لو كان الحكم يتضمن انتهاكا للملكية الفردية ومطلوب الامر بتنفيذه فى دولة

---

(١) حكم محكمة النقض الفرنسية فى ١٨ ديسمبر سنة ١٩٧٩ منشور Clunet 1981, صفحة ٥٩٧ •

وقد كان القضاء الفرنسى يعترف كذلك بأحكام التطليق الصادرة خارج فرنسا فى الوقت الذى لم يكن يسمح فيه القانون الفرنسى بالتطليق فى فرنسا . وقد سلك القضاء الايطالى كذلك نفس المسلك .

رأسمالية (١) ، أو كان يتضمن مساسا بالمشاعر الوطنية (٢) .

٣٨٩ — وقد يتعارض الحكم الاجنبى مع ما يمكن تسميته بالنظام العام الاجرائى فى الدولة المطلوب فيهـا التنفيذ . فبالرغـم من أن قانون القاضى الذى أصدر الحكم الاجنبى هو المرجع فى تحديد الاجراءات الواجبة الاتباع فى اصدار هذا الحكم كما سنبين فيما يلى فان النظام العام فى الدولة المطلوب فيها التنفيذ يحتم احترام حد أدنى من الاجراءات اللازمة لتحقق العدالة كاحترام حقوق الدفاع وضرورة السماح بالطعن فى الاحكام . ومن ثم فاذا كان الحكم الاجنبى قد صدر دون اعطـاء المدعى عليه الفرصة لابداء دفاعه أمام القضاء الاجنبى أو كان الحكم الصادر من القضاء الاجنبى يعتبر نهائيا فور صدوره ولا يجوز الطعن فيه ، اعتبر هذا الحكم مخالفا للنظام العام الاجرائى فى الدولة المطلوب فيها تنفيذه لتعارضه مع أسس العدالة القضائية بها(٣) .

كذلك يعتبر مخالفا للنظام العـام الاجرائى فى رأينـا التهرب من اختصاص محاكم الدولة المطلوب فيها تنفيذ الحكم وذلك بالتحايل على قواعد الاختصاص القضائى بها بهدف الحصول على حكم من محاكم دولة أجنبية لم يكن فى الامكان الحصول عليه من محاكم الدولة الاولى

---

(١) من ذلك ما ذهبت اليه العديد من الدول الراسمالية من رفض تنفيذ الاحكام الخاصة بالمصادرة بدون تعويض فى الدول الاشتراكية .

(٢) من ذلك ما ذهبت اليه المحاكم الفرنسية من رفض الاعتـراف بأحكام المـانية نظرا لتضمنها طعنا فى سلوك السيدات الفرنسيات .

(٣) وقد أوضحت محكمة النقض الفرنسية هذا المعنى فى حكم حديث لهـا صادر فى ٢٠ مارس ١٩٧٩ حيث قررت أنه « اذا كان يقع على عاتق قاضى الامر بالتنفيذ أن يفحص ما اذا كان سـير الخصومة امام القضـاء الاجنبى قد تم بطريقة صحيحة الا انه يجب تقدير هذا الشرط من خـلال فكرة النظام العام الفرنسى ومدى احترامه حقوق الدفاع » منشـور فى Revue Critique 1980, صفحة ٥٨٤

المختصة أصلا بالنزاع بل ودون أن يكون لهذه المحكمة الاجنبيـــة اختصاص بنظر النزاع وفقا لقواعد الاختصاص المتعارف عليها وقيامه على رابطة مصطنعة كالاقامة العارضة وهو مـــا يعرف بالغش نحـــو الاختصاص (١) Fraude àla Compétence

٣٩٠ — وقد ثار التساؤل حول امكان تنفيذ حكم أجنبى خال من بيان الاسباب . ذلك أن المادة ١٧٦ من قانون المرافعات المصرية توجب تسبيب الاحكام والا كانت باطلة وقد حسمت محكمة النقض المصرية هذا الامر فى حكم حديث لها حيث قررت امكان الامر بتنفيذ حـــكم سودانى رغم خلوه من الاسباب موضحة أنه « اذا كانت قاعدة وجوب اشتمال الحكم على الاسباب التى بنيت عليه هى من قواعد المرافعات التى تخضع لقانون القاضى وهو — بالنسبة للحكم المطلوب تنفيذه فى مصر والصادر من محكمة الخرطوم العليا — قانون جمهورية السودان ، وكان يبين من ذلك الحكم أنه وان لم يشتمل على أسباب الا أنه قابل للتنفيذ فى جمهورية السودان ومن ثم يمكن اصدار الامر بتنفيذه فى مصر اذا استوفت باقى الشرائط الاخرى المقررة فى هـــذا الخصـــوص . ولا يقدح فى ذلك ما قضت به المادة ٣٤٧ من قانون المرافعات السابق من وجوب اشتمال الاحكام على الاسباب التى بنيت عليها والا كانت باطلة . ذلك أن الخطاب بهذا النص متعلق بالاحكام التى تصدر فى

---

(١) ومن الامثلة الشهيرة على ذلك قضية Weiller الشهيرة حيث تحايلت الزوجة على قواعد الاختصاص الفرنسية بسفرها الى ولاية نيفادا بالولايات المتحدة بقصد الحصول على حكم بالتطليق حيث ان محاكم هـــذه الولاية كانت تبنى اختصاصها على الاقامة العارضة وتقضى بالتطليق دون تحديد الاسباب خلافا لمـــا يقضى به القانون الفرنسى . انظر فى تفاصيل ذلك مؤلفنـــا : La valeur Internationale des Jugements صفحة ٤٥ وما بعدها .

وقـــارن : Audit : La Fraude à La Loi

مصر طالما أنه لم يثبت أن تبادل الاحكام بين الدولتين يتطلب المراجعة » (١) •

وغنى عن البيان أن فكرة النظام العام تختلف من حيث الزمان فضلا عن اختلافها من حيث المكان ومن ثم يثور التساؤل حول معرفة وقت تحديد مخالفة الحكم الاجنبى للنظام العام فى الدولة المطلوب تنفيذه فيها • وقد استقر القضاء (٢) على أنه يتعين الرجوع فى ذلك الى التاريخ المطلوب فيه تنفيذ الحكم لا الى تاريخ صدوره من المحكمة الأجنبية ، وذلك تأسيسا على أن الهدف هو التحقق من امكان التنفيذ فى الدولة المطلوب منها التنفيذ وليس التحقيق من صدور الحكم صحيحا من المحكمة الاجنبية •

وقد نصت المادة ٢٩٨/٤ من قانون المرافعات المصرى على عدم جواز الامر بتنفيذ الحكم الاجنبى فى مصر الا بعد التحقق من أنه « لا يتضمن ما يخالف النظام العام أو الآداب فيها » •

**الشرط الخامس : سلامة الاجراءات القضائية المتبعة فى اصدار الحكم الاجنبى :**

٣٩١ — تشترط التشريعات الحديثة فى مختلف الدول لتنفيذ الحكم الاجنبى أن تكون الاجراءات التى اتبعت بشأن الدعوى التى صدر

---

(١) حكم محكمة النقض المصرية الصادر فى ٦ مايو ١٩٦٩ مجموعة النقض المدنى السنة العشرين العدد الثانى صفحة ٧١٧ •

وقد ذهب القضاء الفرنسى نفس المذهب فقد حكمت محكمة النقض الفرنسية بأن انعدام تسبيب الحكم لا يحول دون الامر بتنفيذه اذا كانت المستندات المقدمة فى الدعوى تجعل القاضى قادرا على التأكد من ان الحكم الاجنبى لا يخالف النظام العام الفرنسى ( نقض فرنسى فى ١٧ أكتوبر سنة ١٩٧٢ منشور فى : Revue Critique 1973, صفحة ٥٥٦ ) •

(٢) انظر الاحكام المشار اليها فى : Batiffol et Lagarde

المرجع السابق ص ٤٩٦ •

فيها الحكم الاجنبى صحيحة وأن تكون حقوق الدفاع قد روعيت [1] • وقد نصت المادة ٢/٢٩٨ من قانون المرافعات المصرى على أنه لا يجوز الامر بالتنفيذ الا بعد التحقق من أن « الخصوم فى الدعوى التى صدر فيها الحكم قد كلفوا بالحضور ومثلوا تمثيلا صحيحا » •

وتبدو لنا صياغة هذا النص قاصرة عن تحقيق المعنى الذى أراده المشرع • فالمقصود هو سلامة الاجراءات المتبعة بشأن الدعوى التى صدر فيها الحكم الاجنبى واحترام حقوق الدفاع ، وليس المقصود فقط تكليف الخصوم بالحضور وتمثيلهم فى الدعوى • لذلك فان عدم صحة أى اجراء من اجراءات التقاضى — وليس فقط عدم التكليف بالحضور أو عدم التمثيل الصحيح فى الدعوى — يجب ان تحول دون الامر بتنفيذ الحكم الاجنبى ما دام من شأنها المساس بصحة الحكم •

ويثور السؤال عن القانون الذى يتعين الرجوع اليه للتحقق من صحة هذه الاجراءات • هل هو قانون المحكمة الاجنبية التى أصدرت الحكم أم قانون القاضى المطلوب منه الامر بالتنفيذ ؟

تقضى المادة ٢٢ من القانون المدنى المصرى بأنه « تسرى على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالاجراءات قانون البلد الذى تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الاجراءات » • ويتضح من هذا النص أن قانون الدولة التى صدر بها الحكم الاجنبى هو الذى يحدد صحة الاجراءات المتبعة فى اصدار هذا الحكم • فهو الذى يحدد كون اعلان المدعى عليه قد تم على الوجه السليم ، وما اذا كان تمثيله فى الدعوى صحيحا •

غير أننا سبق أن أوضحنا أن النظام العام الاجرائى فى دولة القاضى المطلوب منه التنفيذ قد يتدخل مع ذلك لضمان الحد الادنى الذى تتطلبه

---

(١) انظر فى ذلك القانون الدولى الخاص السويسرى الجديد ( ماده ٢٧ ) وقانون المرافعات الالمانى المعدل بالقانون الصادر فى ٢٥ يوليو ١٩٨٦ •

العدالة فى هذه الدولة ، فاذا كان القـــانون الاجنبى لا يكفل احترام حقوق الدفاع ، وتمكين كل خصم من ابداء ما يراه من دفوع وتقديم الطلبات التى صدر فيها الحكم فى مواجهة من حكم عليه فيها ، تعين مع ذلك احترام هذه الحقوق باعتبارها جزءا من النظام العام القضائى فى مصر • أما الاجراءات التى لا تمس أصل حق الدفاع وتوفير الحماية اللازمة للخصم فلا يرجع فيها سوى لقانون الدولة المطلوب فيها تنفيذ الحكم (١) • وعلى ذلك فان مجرد اختلاف طرق الاثبات أو اجراءات الاعلان الواردة فى قانون الدولة التى صدر بها الحكم الاجنبى عن تلك الواردة فى القانون المصرى لا تؤدى الى رفض الامر بتنفيذ الحـــكم الاجنبى فى مصر نظرا لانها ليس من شأنها اهـــدار الحق فى الدفاع الذى يعد من النظام العام فى مصر (٢) •

٣٩٢ — ويثور التساؤل حول مدى امكان تنفيذ الحـــكم الاجنبى الغيابى نظرا لخشية عدم تمكن المدعى عليه من تقديم أوجه دفاعه •

وقد ذهب القضاء المصرى الى أن الصفة الغيابية للحكم الاجنبى لا تحول دون الامر بتنفيذه ما دام المحكوم عيه قد كلف بالحضور ومثل فى الدعوى تمثيلا صحيحا • ويؤيد القضاء الفرنسى هذا الاتجاه (٣) • كما يؤيده الفقه المصرى والمقارن (٤) •

---

(١) حكم محكمة النقض الصادر فى ٢ يوليو سنة ١٩٦٤ — مجموعة احكام النقض السنة ١٥ عدد ٣ صفحة ٩٠٩ •

(٢) حكم محكمة النقض الصادر فى ٢ يوليو سنة ١٩٦٤ الســـالف الذكـــر •

(٣) وقد حكمت محكمة النقض الفرنسية بأن الحـــكم الغيابى الذى لا يكون قابلا للطعن لا يجوز الامر بتنفيذه لاخلاله بحق الدفاع •

(٢) انظر فى ذلك الدكتور عكاشة عبد العال : المرجع السابق ص ٣٧٦ والدكتور احمد عبد الكريم سلامة المرجع السابق ص ٤٧٧ والدكتوره حفيظة الحداد : المرجع الســـابق ص ٣٤١ ، وانظر فى الفقـــه المقارن : Francescakis et Lucas

موسوعة القانون الدولى والاحكام الوارده بها الجزء الثانى ، حكم اجنبى فقرة ٢٣٩ •

**الشرط السادس : عدم تعارض الحكم الاجنبى مع حكم سبق صدوره من القضاء المصرى :**

٣٩٣ نصت المادة ٢٩٨/٤ من قانون المرافعات المصرى على أنه لا يجوز الامر بتنفيذ الحكم الاجنبى بعد التحقق من « أن الحكم أو الامر لا يتعارض مع حكم أو أمر سبق صدوره من محاكم الجمهورية » .

والواقع أن الامر لم يكن يتطلب نصا صريحا يمنع القاضي من الامر بتنفيذ الحكم الاجنبى اذا قد سبق صدور حكم وطنى لحسم نفس النزاع . ذلك أن الحكم الصادر من المحاكم المصرية يعد عنوانا للحقيقة القضائية التى كفل لها المشرع حجية الشىء المقضى به وبالتالى فان الاعتراف بحكم يناقض هذه الحقيقة ينطوى على مساس بالنظام العام بل على اهدار لسيادة الدولة التى صدر الحكم باسمها وقد كان القضاء المصرى مستقرا على ذلك قبل وجود هذا النص اذ قضت المحاكم المختلطة بأنه « اذا تعارض الحكم الاجنبى المطلوب من المحاكم المختلطة الامر بتنفيذه فى مصر مع حكم صادر منها تعين عليها أن تمتنع عن اصدار الامر لان السيادة التى تقضى باسمها توجب أن يضحى بالحكم الاجنبى لاحترام الحكم الصادر من محاكم البلاد»(١) . كذلك استقر الفقه والقضاء الفرنسى على رفض الامر بتنفيذ الحكم الاجنبى الذى يتعارض مع حكم وطنى سبق صدوره فى نفس النزاع رغم عدم وجود نص تشريعى باعتبار أن هذا التنفيذ ينطوى على مساس بالنظام العام الوطنى (٢) . وتتضمن العديد من التشريعات الحديثة النص على هذا الشرط (٣) .

---

(١) حكم محكمة الاسكندرية المختلطة فى ٢٧ مايو ١٩٠٥ . مجلة التشريع والقضاء السنة ١٨ صفحة ٣٤٧ .

(٢) انظر فى ذلك : المرجع السابق صفحة ٤٩٧ Batiffol et Lagarde

(٣) كالقانون الدولى الخاص السويسرى الجديد ( م ٢٧ ) وقانون المرافعات الالمانى المعدل ( م ٣/٢٣٨ ) .

ولم يشترط المشرع المصرى لرفض الامر بتنفيذ الحكم الاجنبى أن يكون الحكم المصرى حائزا قوة الشىء المقضى به ، وبالتالى فانه يتعين الامتناع عن الامر بتنفيذ الحكم الاجنبى حتى ولو كان الحكم المصرى قابلا للطعن فيه بالطرق العادية •

٣٩٤ — ويثور التساؤل عما اذا كان مجرد وجود دعوى مرفوعة أمام المحاكم المصرية بشأن ذات النزاع دون أن يصدر بشأنه حكم بعد يكفى لامتناع القاضى المصرى عن الامر بتنفيذ الحكم الاجنبى الصادر فى نفس النزاع •

تنص بعض التشريعات الحديثة صراحة كالقانون الدولى الخاص السويسرى ( م ٣/٢٧ ) على أنه لا يجوز الاعتراف بالحكم الاجنبى اذا كانت هناك دعوى مرفوعة فى ذات النزاع الذى فصل فيه الحكم الاجبى المراد تنفيذه • غير أن المشرع المصرى اكتفى باشتراط سبق صدور حكم مصرى فى ذات النزاع لرفض الامر بتنفيذ الحكم الاجنبى • وبالتالى فان مجرد وجود دعوى مرفوعة أمام المحاكم المصرية بشأن نفس النزاع لا يجب أن يشكل مانعا من الامر بتنفيذ الحكم الاجنبى ، اذ لو أراد المشرع المصرى ذلك لنص صراحة كما فعل المشرع السويسرى • هذا فضلا عن أن العلة التى بنى عليها رفض الامر بتنفيذ الحكم الاجنبى — وهى احترام سيادة الدولة المصرية المتمثلة فى الحكم الذى صدر باسمها واعتبار هذا الحكم عنوانا للحقيقة القضائية — لا تتوافر فى حالة مجرد كون النزاع مطروحا على القضاء المصرى • ولا يخفى كذلك ما قد يؤدى اليه رفض الامر بتنفيذ الحكم الاجنبى لمجرد قيام الدعوى بشأن نفس النزاع فى مصر من فتح لباب التحايل[1]

---

(١) انظر فى ذلك : Mayer : Droit International Privé ( الطبعة الرابعة ) صفحة ٢٧٥ .

ويتجه القضاء الفرنسى الحديث الى عدم اعتبار رفع الدعوى فى فرنسا مانعا من الامر بتنفيذ الحكم الاجنبى الصادر بشأن ذات المنازعة .

اذ قد يبادر الخصم الذى صدر الحكم الاجنبى ضده برفع دعوى أمام المحاكم المصرية ليحول دون تنفيذ الحكم فى مصر (١) • وأيما كان الامر فان فى الامتناع عن الامر بتنفيذ الحكم الاجنبى لقيام المنازعة أمام المحاكم المصرية تعطيل لاداء العدالة على المستوى الدولى والحاق الضرر بالمعاملات الدولية • لذلك يبدو لنا أن اطراد المعاملات الدولية وضرورة التعايش المشترك بين النظم القانونية المختلفة يقتضى السماح بتنفيذ كل دولة للاحكام الصادرة من دولة أجنبية رغم قيام نفس المنازعة أمام القضاء الوطنى طالما أن طلب تنفيذ الحكم الاجنبى قد سبق صدور الحكم الوطنى • ويتسق هذا الرأى مع ما سبق أن نادينا به بشأن وجوب الاخذ بالاحالة القضائية • فاذا كنا نرى وجوب تخلى المحاكم الوطنية فى حالات معينة عن نظر الدعوى لقيامها أمام محكمة أجنبية كما سبق البيان فانه يتعين من باب أولى قبول تنفيذ الحكم الذى تم صدوره من المحكمة الاجنبية اذا كان النزاع لم يتم حسمه بعد أمام المحاكم المصرية طالما أنه قد توافرت بشأنه كافة الشروط السالفة الذكر •

٣٩٥ — وقد يؤخذ على هذا الرأى اعطاء الفرصة للخصم سىء النية للتحايل وذلك باللجوء الى قضاء دولة أجنبية أثناء نظر النزاع أمام

---

(١) وقد انشق الفقه المصرى فى الاجابة عن هذا التساؤل . فذهب فريق الى ان مجرد وجود دعوى مرفوعة امام المحاكم المصرية بشأن ذات النزاع يكفى لرفض الامر بتنفيذ الحكم الاجنبى . ( انظر الدكتور عز الدين عبد الله المرجع السابق صفحة ٩١٩ والدكتور كمال فهمى . المرجع السابق صفحة ٦٨٢ ) وذهب فريق اخر الى ان مجرد وجود هذه الدعوى لا يجب ان يحول دون الامر بتنفيذ الحكم الاجنبى ( الدكتور احمد عبد الكريم سلامة المرجع السابق صفحة ٤٨٨ وما بعدها ) . وذهب فريق اخير الى وجوب ترك الامر لتقدير القاضى المطلوب منه الامر بالتنفيذ ليتخذ الموقف المناسب مهتديا فى كل حالة باعتبارات الملائمة وعدم اتخاذ موقفا مبدئيا من المشكلة دون علم سابق بظروف الدعوى وملابساتها . فاذا كانت معظم ادلة الاثبات الخاصة بالمنازعة كائنة بالدولة التى صدر بها الحكم « تبدو بصفة خاصة اهمية السماح بتنفيذ الحكم الاجنبى ما لم يصطدم ذلك باعتبارات النظام العام فى مصر » ( انظر الدكتور هشام صادق . المرجع السابق . صفحة ٣٣٠ ، وقارب الدكتور عكاشة عبد العال . المرجع السابق صفحة ٣٨٨ ) .

المحاكم المصرية للحصول على حكم أجنبى قبل صدور الحكم المصرى • فاذا وجد مظهر من مظاهر التحايل على النحو السابق بيانه فان أحد سبل تلافى الحصول على ثمار هذا التحايل هو الاعتداد بتاريخ رفع الدعوى الخاصة بالمنازعة • فاذا كان قد تم رفع هذه الدعوى أمام القضاء المصرى فى تاريخ سابق على رفعها أمام القضاء الاجنبى جاز للقاضى المصرى رفض الامر بتنفيذ الحكم الاجنبى الذى تصادف أن سبق فى صدوره الحكم المصرى •

**التعارض بين حكمين أجنبيين :**

**٣٩٦ — وقد يطلب من القاضى الوطنى الامر بتنفيذ حكمين صادرين من دولتين أجنبيتين بخصوص نفس النزاع • فاذا كانت محاكم كل من الدولتين مختصة وفقا لقانونها بنظر النزاع فأى الحكمين يمكن الامر بتنفيذه ؟**

يرى فريق من الفقه أن العبرة يجب أن تكون بأسبقية طلب تنفيذ الحكم • فالحكم الاجنبى الذى يقدم أولا للقاضى الوطنى هو الذى يتعين الامر بتنفيذه Prior tempore Potior jure •

ويعيب هذا الرأى اجرائه للمفاضلة بين الحكمين بناء على معيار مادى لا أساس له من القانون •

ويرى فريق آخر من الفقه وجوب رجوع القاضى المطلوب منه الامر بالتنفيذ الى قواعد الاختصاص التى يقضى بها قانونه وذلك ليتبين أى الحكمين الاجنبيين قد صدر من محكمة مختصة • وبعبارة أخرى فان القاضى الوطنى يتعين عليه الامر بتنفيذ الحكم الذى صدر من محكمة مختصة وفقا لقانونه هو ورفض تنفيذ الحكم الذى صدر مخالفا لقواعد الاختصاص الوطنية • وهذا الرأى يبدو لنا أسلم من الناحية القانونية ، غير أنه قد يلقى صعوبة فى التطبيق

فى الحالة التى تتوافر فيها ضوابط الاختصاص المشترك السابق التعرض لها ، والتى ترتب على اعمالها اقرار الاختصاص لمحاكم الدولتين الاجنبيتين الصادر منهما الحكمين .

وتنص بعض التشريعات الحديثة على وجوب الاعتداد بالحكم الاجنبى الذى صدر أولا ورفض الامر بتنفيذ الحكم اللاحق المتعارض معه ، وذلك على فرض أن الحكمين قد توافرت فيهما كافة الشروط المتطلبة للامر بالتنفيذ (١) . أى أن العبرة بالاسبقية فى صدور الحكم كما لو كان الحكم صادرا فى اطار نفس النظام القانونى : والواقع أن هذا المبدأ يمثل طفرة هامة فى مجال العلاقات الدولية الخاصة اذ انه لا يعتد بظاهرة الحدود التى تمثل عقبة رئيسية فى مواجهة مختلف الحلول المأخوذ بها فى مجال القانون الدولى الخاص .

**شرط رجوع المحكمة الاجنبية لقواعد اسناد دولة التنفيذ :**

٣٩٧ — وتعلق بعض الدول الامر بتنفيذ الحكم الاجنبى على شرط اضافى هو تطبيق الحكم الاجنبى للقانون الذى تعينه قاعدة الاسناد الوطنية(٢) . فاذا كانت قاعدة الاسناد الوطنية تقضى مثلا بتطبيق قانون جنسية الزوجين فى دعوى الطلاق فان القاضى الوطنى لا يستطيع الامر بتنفيذ الحكم الاجنبى الصادر فى هذه الدعوى الا اذا كان الحكم الاجنبى قد طبق نفس القانون (٣) .

---

(١) المادة ٣/٣٢٨ من قانون المرافعات الالمانى المعدل بالقانون الصادر فى ٢٥ يوليو ١٩٨٦ ، والمادة ٣/٢٧ من القانون الدولى الخاص السويسرى .

(٢) وقد استقر هذا المبدا فى القضاء الفرنسى بشكل صريح منذ ١٩٤٥ ( حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر فى ابريل ١٩٤٥ ) منشور الجزء الاول صفحة ١٢١ .

(٣) انظر حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر فى ٦ يوليو ١٩٨٨ Revue Critique 1988, منشور فى صفحة ٨٩ .

وقد تعرض هذا الشرط للنقد الشديد فى الفقه ولم يلق تطبيقا فى غالبية التشريعات الحديثة • ذلك أن اعمال هذا الشرط من شأنه الاقلال من تنفيذ الاحكام الاجنبية بشكل غير مقبول ، اذ أنه فى الواقــع يتطلب من القاضى الذى أصدر الحكم الاجنبى الانصياع لقاعدة الاسناد المأخوذ بها فى الدولة المطلوب فيها تنفيذ الحكم ، أى الخضوع للامر الصادر من مشرع دولة غير دولته •

وغنى عن البيان أن ذلك ينطوى على استحالة قانونية اذ أن القاضى الذى أصــدر الحكم الاجنبى لا يأتمر الا بأوامــر مشرعه ، كما أنه لا يتسنى له أن يعرف مقدما الدولة التى سيتم فيها تنفيــذ الحــكم الصادر لكى يطبق قاعدة الاسناد التى تقضى بها قانون هــذه الدولة • لذلك فقد وصف بعض الفقه هذا الشرط بأنه شرط استعمارى اذ أنه يتطلب من جميع قضاة العالم تطبيق قاعدة الاسناد فى الدولة المطلوب فيها تنفيذ الحكم (١) •

٣٩٨ — ولم يأت قانون المرافعــات المصرى بهذا الشرط ضمن شروط الامر بتنفيذ الاحكام الاجنبية • وقد ذهب فريق من الفقه مع ذلك الى وجوب تطبيق الحكم الاجنبى لقاعدة الاسناد المصرية اذا كانت تشير الى تطبيق القانون المصرى وذلك حماية للاختصاص التشريعى للقانون المصرى (٢) •

غير أننا نرى أن عدم النص على هذا الشرط فى القانون المصرى يفيد رفض المشرع المصرى الواضح تعليق الامر بتنفيذ الحــكم الاجنبى على تطبيق قاعدة الاسناد المصرية أيا كانت نتيجة هذا التطبيق أى سواء أدت الى تطبيق قانون أجنبى أم أدت الى تطبيق القانون المصرى •

---

(١) انظر فى نقد هذا الشرط مؤلفنا بالفرنسية
La Valeur Lnternationale des Jugements
صفحة ١٩٠ وما بعدها •

(٢) انظر الدكتور عز الدين عبد الله المرجع السابق ص ٩٢٠ •

ولا يوجد سوى حالة واحدة قد يتعين فيها الاخذ بهذا الشرط ، وهى الحالة الناجمة عن اعمال مبدأ التبادل ، بمعنى أنه اذا كان قانون دولة القاضى الذى أصدر الحكم الاجنبى يتطلب تطبيق قاعدة الاسناد فى قانونه فان القاضى المصرى المطلوب منه الامر بتنفيذ هذا الحكم الاجنبى يتعين عليه تطبيق هذا الامر على تطبيق القاضى الاجنبى لقاعدة الاسناد المصرية اعمالا لمبدأ المعاملة بالمثل الذى نص عليه القانون المصرى .

**عدم اشتراط مراجعة الحكم الاجنبى فى مصر :**

٣٩٩ — وقد اقتصر المشرع المصرى على تطلب الشروط السالفة الذكر للامر بتنفيذ الحكم الأجنبى ، أى اكتفى بمراقبة ما يمكن تسميته بالشروط الخارجية للحكم ولم يتطلب من القاضى المصرى القيام بمراجعة الحكم الاجنبى من حيث الموضوع أى النظر من جديد فى وقائع الدعوى وفى تطبيق القانون على هذه الوقائع للتأكد من أن القاضى الاجنبى قد فصل فى موضوع النزاع على وجه سليم .

غير انه بالرغم من عدم نص قانون المرافعات على وجوب مراجعة الحكم الاجنبى فان القاضى المصرى يتعين عليه مع ذلك مراجعة الحكم الاجنبى فى حالة معينة وهى الحالة التى يؤدى فيها تطبيق مبدأ التبادل الى فحص موضوع الحكم الاجنبى قبل الامر بتنفيذه . فمبدأ التبادل كما سبق البيان من شأنه معاملة القاضى المصرى للحكم الاجنبى نفس معاملة القاضى الذى اصدر الحكم الاجنبى للأحكام المصرية . وعلى ذلك فاذا كان القاضى الاجنبى يعيد النظر فى موضوع النزاع الذى صدر بشأنه الحكم المصرى المطلوب تنفيذه لديه فان القاضى المصرى يتعين عليه بدوره النظر من جديد فى موضوع النزاع الذى صدر بشأنه الحكم الاجنبى قبل الامر بتنفيذه .

## المبحث الثاني

## دعوى الامر بالتنفيذ

## ( نطاقها ومضمون الحكم فيها )

٤٠٠ — ينصب موضوع دعوى الامر بالتنفيذ على الحكم الاجنبى ذاته وليس على النزاع الذى فصل فيه هذا الحكم • واذا أصدر القاضى الوطنى الامر بتنفيذ الحكم الاجنبى فان ذلك لا يعنى ان هذا الحكم قد أصبح حكما وطنيا •

وتنص المادة ٢٩٧ من قانون المرافعات المصرى على أن « يقدم طلب الامر بالتنفيذ الى المحاكم الابتدائية التى يراد التنفيذ فى دائرتها وذلك بالاوضاع المعتاده لرفع الدعوى » • والطريق المعتاد لرفع الدعوى هو ايداع صحيفة الدعوى قلم كتاب المحكمة • ويسرى ذلك ايضا بالنسبة لاحكام المحكمين حيث تنص المادة ٢٩٩ من قانون المرافعات على خضوع الامر بتنفيذها لكافة المواد التى تحكم تنفيذ الاحكام الاجنبية • أما بالنسبة للسندات الاجنبية فقد نصت المادة ٣٠٠ من قانون المرافعات على أن « السندات الرسمية المحررة فى بلد أجنبى يجوز الامر بتنفيذها بنفس الشروط المقررة فى قانون ذلك البلد لتنفيذ السندات الرسمية القابلة للتنفيذ المحررة فى الجمهورية ويطلب الامر بالتنفيذ بعريضة تقدم لقاضى التنفيذ الذى يراد التنفيذ فى دائرة اختصاصه » •

٤٠١ — ولما كان محل دعوى الامر بالتنفيذ هو الحكم الاجنبى فانه يتعين أن يكون الخصوم فى دعوى الامر بالتنفيذ هم نفس الخصوم فى الدعوى الاصلية التى فصل فيها الحكم الاجنبى • وليس هناك ما يمنع من أن يقوم المدعى عليه فى الدعوى الاصلية برفع دعوى الامر بالتنفيذ ما دام له مصلحة فى ذلك ، ولكن لا يجوز أن ترفع هذه الدعوى الا على من كان طرفا فى الخصومة الاصلية أى على الاطراف الملزمين بتنفيذ الحكم الاجنبى أو من محل محلهم فى تنفيذ الحكم •

كذلك يترتب على أن محل دعوى الامر بالتنفيذ هو الحكم الاجنبى ذاته وليس الخصومه الاصلية التى فصل فيها هذا الحكم وجوب عدم قبول طلبات اضافية مقدمة من المدعى أو المدعى عليه • ذلك أن من شأن قبول هذه الطلبات المساس بنطاق الخصومة التى حسمها الحكم الاجنبى •

غير أن فريقا من الفقه المصرى الحديث يرى أنه ليس ثمة ما يمنع المحكمة المطلوب منها الامر بالتنفيذ من أن تفصل فى أى طلب يتصل بموضوع النزاع الذى قضى فيه الحكم المطلوب تنفيذه طالما كان هذا الطلب مرتبطا ارتباطا وثيقا بموضوع الدعوى الاصلى وبشرط أن تكون المحكمة مختصة بنظر هذا الطلب اذا ما رفع اليها كطلب أصلى • ذلك أن الفصل فى المسألة المرتبطة يعد فى واقع الامر مستندا الى الموضوع الذى فصل فيه الحكم الاجنبى فوق ما لذلك من فضل تجنب تعدد الاجراءات (١) •

كذلك يرى فريق من الفقه الفرنسى أن القاضى المطلوب منه الامر بالتنفيذ يستطيع النظر فى أوجه الدفاع الجديدة تأسيسا على أن التعرض لها لا يمس النطاق الموضوعى لدعوى الامر بالتنفيذ ولا يعد تغييرا فى الحكم الأجنبى المراد تنفيذه (٢) •

٤٠٢ — ولما كان موضوع دعوى الأمر بالتنفيذ هو الحكم الاجنبى وليس النزاع الذى فصل فيه هذا الحكم فان الاثبات لا ينصب

---

(١) انظر فى ذلك الدكتور احمد عبد الكريم سلامة المرجع السابق صفحة ٤٢٩ والدكتور عكاشة عبد العال المرجع السابق صفحة ٣٦١ والدكتوره حفيظة الحداد المرجع السابق صفحة ٣٧١ .

(٢) انظر فى ذلك :

Holleaux : Juris Classeur

الملزمة ٥٨٤ — فقرة ٨٠.

كمبدأ عام (١) على وقائع النزاع وانما ينصب على توافر الشروط المتطلبة للامر بالتنفيذ . ويثور السؤال حول تحديد من يقع عليه عبء اثبات توافر هذه الشروط .

يرى الفقه التقليدى أن عبء اثبات توافر شروط تنفيذ الحكم الاجنبى يقع على عاتق المدعى المتقدم بطلب تنفيذ الحكم الاجنبى وذلك باستثناء الشروط ذات الطابع السلبى والتى لا يتسنى للمدعى اقامة الدليل عليها كاثبات عدم مخالفة الحكم للنظام العام .

ويرى بعض الفقه الحديث أن عبء الاثبات يقع على عاتق المدعى عليه خلاف للقاعدة العامة فاذا دفع الخصم الذى صدر الحكم ضده بعدم توافر أحد شروط صحة هذا الحكم كان عليه اقامة الدليل على ذلك . فالظاهر أن الحكم الاجنبى يحتوى على قرينة الصحة ومن يدعى مخالفته للشروط اللازمة لتنفيذه يقع عليه عبء اثبات ذلك (٢) .

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية الى ان القاضى المطلوب منه الامر بالتنفيذ هو الذى يتعين عليه التحقق من تلقاء نفسه من توافر الشروط المطلوبة لتنفيذ الحكم الاجنبى (٣) . وهذا الاتجاه يبدو لنا أكثر اتفاقا مع نص المادة ٢٩٨ من قانون المرافعات المصرى التى تقضى بأنه « لا يجوز الامر بالتنفيذ الا بعد التحقق مما يأتى .. » .

---

(١) وذلك باستثناء الحالة التى يتعين على القاضى فيها مراجعة الحكم الاجنبى والنظر فى وقائع النزاع من جديد على النحو السابق بيانه . ويعتبر الحكم الاجنبى قرينة قانونية على صحة الوقائع التى بنى عليها . ومن النظم القانونية كالنظام الانجليزى ما يعتبره دليلا لا يقبل اثبات العكس كما سبق البيان .

(٢) انظر فى ذلك مؤلفنا بالفرنسية السالف الذكر ص ٢٤ .

(٣) انظر حكم محكمة النقض الفرنسية فى ٩ نوفمبر ١٩٧١ منشور Revue Critique 1972, صفحة ٣١٤

فالواضح من النص أن المشرع يأمر القاضى بالقيام بهذه المهمة من تلقاء نفســه سواء عاونه الخصوم فى ذلك أم لم يعاونوه .

٤٠٣ — كذلك يترتب على كون موضوع دعوى الامر بالتنفيذ هو الحكم الاجنبى نفسه نتيجة هامة بالنسبة لمضمون الحكم الصادر فى هذه الدعوى . فهذا الحكم لا يمكن أن يصدر الا بمنح الامر بالتنفيذ أو برفض هذا الامــر .

فاذا تحقق القاضى من توافر الشروط اللازمة للامر بالتنفيذ فانه يشمل الحكم كما هو بهذا الامر ، أى بوصفه حكما أجنبيا دون المساس بمضمونه أو ادخــال تعديل عليه . بيد أن القضاء قد أجاز مــع ذلك الاقتصار على منح الامر بالتنفيذ لجزء معين من الحكم الاجنبى اذا توافرت فى هذا الجزء دون غيره من الاجزاء الاخرى الشروط اللازمة للامر بالتنفيذ وبشرط أن يكون هذا الجزء قابلا للانفصال عن باقى اجزاء الحكم الاخرى التى تخلفت بالنسبة لها أحد الشروط المطلوبة كتعارضها مثلا مع النظام العام (١) .

كذلك للقاضى المطلوب منه الامر بالتنفيذ أن يعتد بأية عــوامل جديدة تظهر بعد صدور الحكم الاجنبى ويكون من شأنها التأثير فى تنفيذ الحكم كالوفاء الكلى أو الجزئى للدين أو المقاصة القضائية(٢) . غير أنه يتعين الا ينطوى ذلك على النظر فى موضوع النزاع من جديد ومراجعة الحكم الاجنبى طالمــا لا يقضى بذلك مبدأ المعاملة بالمثل .

٤٠٤ — وتخضع اجراءات التنفيذ وطرقه للقانــون المصرى أى لقانون القاضى المطلوب منه الامر بالتنفيذ دون الاعتداد بطرق التنفيذ التى يقضى بها قانون الدولة الاجنبية التى صدر فيها الحكم .

---

(١) انظر فى ذلك الاحكام المشار اليها فى مؤلف الدكتوره حفيظــة الحداد السابق الذكر صفحة ٣٨١ .

(٢) انظر فى ذلك Francescakis et Lucas المرجع السابق فقرة ١٨٤ وانظر كذلك الدكتور عكاشة عبد العال المرجع السابق صفحة ٤٣١ .

ويترتب على صدور الامر بتنفيذ الحكم الاجنبى كافة الآثار والضمانات التى يرتبها القانون المصرى على الاحكام الوطنية[1] . ولكن لا يتسنى للحكم الاجنبى ترتيب آثار تفوق تلك المقررة للاحكام المصرية ولو كان قانون الدولة الاجنبية يرتب هذه الآثار على الحكم الصادر بها كما لو كان يرتب على الحكم ضمانات تنفيذ معينة كالرهن القضائى الذى يترتب على أموال المدين لصالح الدائن المحكوم له[2] .

٤٠٥ — واذا لم تتوافر فى الحكم الاجنبى الشروط المتطلبة للامر بالتنفيذ تعين الامتناع عن اصدار هذا الامر . ويحوز الحكم الصادر برفض الامر بالتنفيذ حجية الامر المقضى به ومن ثم لا يتسنى التقدم بطلب جديد لشمول هذا الحكم الاجنبى بالامر بالتنفيذ . غير أن الحكم الصادر برفض الامر بالتنفيذ لا يحول دون رفع دعوى مبتدأة أمام المحاكم المصرية للمطالبة بما قضى به الحكم الاجنبى وذلك لاختلاف السبب فى دعوى طلب الامر بالتنفيذ — وهو الحكم الاجنبى المطلوب

---

(١) وقد انشق الفقه فى مصر حول جواز تقرير حق اختصاص فى مصر بناء على حكم اجنبى بعد صدور الامر بتنفيذه . ونرى جواز ذلك حتى ولو كان قانون الدولة التى صدر بها الحكم لا يقرر هذا الحق تاسيسا على ان القانون المصرى هو الذى يقرر الآثار المترتبة على الحكم . وقد نصت المادة ١٠٨٦ من القانون المدنى على انه « لا يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم صادر من محكمة اجنبية او على قرار صادر من محكمين الا اذا اصبح الحكم او القرار واجب التنفيذ » .

(٢) ديلاحظ ان من الضمانات ما لا تعد من مسائل الاجراءات وبالتالى لا تخضع لقانون قاضى الامر بالتنفيذ وذلك اذا كانت مقررة بمقتضى القانون الذى يحكم الحق موضوع النزاع ولم تكن مجرد اثر من آثار الحكم الاجنبى نفسه ، كما لو كان القانون الذى يحكم موضوع النزاع يقرر المسئولية التضامنية عن الفعل الضار . ففى هذه الحالة « يجوز للمضرور الذى حصل فى مصر على امر بتنفيذ الحكم الاجنبى ان يتمسك بالمسئولية التضامنية للمدنيين المحكوم ضدهم . اذ ان التامين فى هذا الفرض هو اثر من آثار القانون الواجب التطبيق على موضوع الدعوى وليس مجرد ضمان من ضمانات التنفيذ المبنية على الحكم » . انظر الدكتور هشام صادق : تنازع الاختصاص القضائى الدولى صفحة ٢٦٥ .

تنفيذه — عن سبب الدعوى المبتدأه ، وهو الحق المتنازع عليه نفسه . بل ان الحكم الصادر برفض الامر بالتنفيذ من شأنه الا يحول دون التقدم من جديد بطلب الامر بتنفيذ نفس الحـكم اذا لم يعد السبب الذى بنى عليه رفض الامر بالتنفيذ قائما ، وذلك كما لو كان رفض الامر بالتنفيذ قد بنى على عدم تمتع الحكم الاجنبى بقوة الامر المقضى به ثم تم استنفاد طرق الطعن العادية بعد صدور الحكم بالرفض .

## الفصـل الثـانى

## اثار الاحكام الاجنبية الغير متعلقة بالقوة التنفيذية

### المبحـث الاول

### حجية الامر المقضى به الحـ[illegible]كم الاجنبى

٤٠٦ — من المعلوم أن الاحكام الصادرة من المحاكم الوطنية يترتب عليها — فضلا عن القوة التنفيذية — أثرا هاما هو المعروف بحجية الامر المقضى به ومقتضى هذا الاثر اعتبار الحكم قرينة لا تقبل الدليل العكسى على صحة الاجراءات وعلى أن ما قضى به هو الحق بعينه من حيـث الموضوع . ومن ثم لا يجوز لاى من أطراف النزاع رفع دعوى جديدة بشأن نفس الموضوع . فاذا ما رفع أحد الاطراف مثل هذه الدعوى كان للطرف الآخر أن يدفع بسبق الفصل فى الدعوى ليحول دون نظر النزاع من جديد أمام القضاء . ويثور التساؤل عما اذا كان الحكم الصـادر من محكمة أجنبية يتمتع بهذه الحجية أسوة بالاحكام الوطنية .

لم يتعرض قانون المرافعات المصرى لحجيـة الامر المقضى بـه للاحـكام الاجنبية وأقتصر على النص على وجوب شمول الاحـكام الاجنبية على الامر بالتنفيذ لكى تتمتع بالقوة التنفيذية على النحـو السابق بيانه ، فما معنى سكوت المشرع بالنسبة للاثر الثانى الهـام للاحكام الاجنبية وهو حجية الامر المقضى به واقتصاره على اشتراط الامر بالتنفيذ بالنسبة للاثر المتعلق بالقوة التنفيذية دون الاثر المتعلق بحجية الشىء المحكوم فيه ؟ هل معنى ذلك عدم لزوم الامر بالتنفيذ

لكى تتمتع الاحكام الاجنبية بحجية الامر المقضى به بحيث ينتج الحكم الاجنبى هذا الاثر بقوة القانون كالاحكام الوطنية سواء بسواء ؟

انشق الفقه المصرى حول هذا الامر فنهج فريق نهج الفقه والقضاء الفرنسى الذى استقر على التسوية بين القوة التنفيذية وبين حجية الامر المقضى به للحكم الاجنبى من حيث ضرورة شمول الحكم بالامر بالتنفيذ لكى يترتب عليه أى من الاثرين . ذلك أن حجية الامر المقضى به ما هى فى رأى هذا الفريق سوى الوجه الآخر للقوة التنفيذية (١) اذ كلاهما يشكل مظهرا من مظاهر السلطة الامرة فى الدولة « لان القوة التنفيذية تقتضى صدور كلمة خطاب من السلطة الى عمال السلطة العامة لتنفيذ الحكم جبرا عند الاقتضاء ولان حجية الامر المقضى تقتضى منع القضاء من إعادة النظر فى النزاع الذى فصل فيه هذا الحكم » (٢) .

ويضيف أنصار هذا الفريق أن أساس الاعتراف للاحكام الوطنية بحجية الامر المقضى به — وهو افتراض الصحة القانونية وسلامة الاجراءات فى الحكم — لا يمكن التسليم به بالنسبة للحكم الاجنبى الذى قد يكون صادرا بناء على اجراءات غير صحيحة .

٤٠٧ — غير أن الفقه المصرى الحديث يرى وجوب الاعتراف للحكم الاجنبى بحجية الامر المقضى به دون حاجة لشموله بالامر بالتنفيذ طالما ثبت أنه مستوفيا للشروط الخارجية اللازمة لصحته من الناحية الدولية . ولا محل للاحتجاج بأن هذا الاعتراف يمثل اعتداء على سيادة الدولة ما دام قد ثبت أن القاضى الاجنبى الذى أصدر الحكم هو المختص بحسم المنازعة وأن حكمه مستوف كافة شروط

---

(١) انظر فى الفقه الفرنسى
Niboyet : Cours de Jroit International Privé صفحة ٦٦٤
وانظر كذلك Batiffol et Lagarde المرجع السابق صفحة ٥٠٨ .
(٢) انظر الدكتور عز الدين عبد الله المرجع السابق صفحة ٦٤١ .

الصحة . هذا فضلا عن أن تحقيق الامان القانونى والاستقرار فى العلاقات الخاصة الدولية وعدم تأبيد المنازعات يقتضى الاعتراف للاحكام الاجنبية بحجية الامر المقضى به أسوة بالاحكام الوطنية (١) .

وجدير بالذكر أن من التشريعات والاتفاقيات الدولية ما يقرر صراحة الاعتراف للاحكام الاجنبية بحجية الأمر المقضى به دون حاجة لصدور أمر بالتنفيذ من القاضى الوطنى (٢) . واذا لم يكن قانون المرافعات المصرى قد ذهب بدوره الى حد النص صراحة على الاعتراف بحجية الامر المقضى به للاحكام الاجنبية دون حاجة لشمولها بالامر بالتنفيذ فان اقتصار المشرع على اشتراط الامر بالتنفيذ لترتيب الاثر الاول للحكم الاخير — وهو القوة التنفيذية — يفيد فى رأينا عدم اتجاه نية المشرع الى تعليق الاثر الثانى — وهو تمتع الحكم الاجنبى

---

(١) انظر فى تفصيل هذا الراى مؤلفنا بالفرنسية السالف الذكر صفحة ١٣٣ وما بعدها وانظر فى تأييد رأينا فى الفقه المصرى الدكتور هشام صادق . تنازع الاختصاص القضائى الدولى . صفحة ٢٦٨ . والدكتور احمد عبد الكريم سلامة . المرجع السابق . صفحة ٥١٧ . والدكتور عكاشة عبد العال . المرجع السابق صفحة ٤٤٤ . والدكتورة حفيظة الحداد . المرجع السابق صفحة ٤١٤ . ويضيف الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة فى سبيل تدعيم هذا الراى حججا أخرى منها انه « لا يجوز الاحتجاج بان ذلك الحكم هو عمل من اعمال السلطة العامة الاجنبية لا يمكن الاعتراف به بوصفه كذلك . فقد أضحى من المقبول الاعتراف بالاعمال الصادرة من السلطات العامة الاجنبية والتى تحكمها قواعد القانون العام » . ومن هذه الحجج كذلك الحجة القائمة على جواز الدفع بالاحالة لقيام ذات النزاع امام محكمة أجنبية « فاذا كان مقتضى الدفع بالاحالة ان يتخلى القاضى عن نظر الدعوى لمجرد قيام اجراءات بصددها امام محكمة اجنبية فانه من باب اولى يجب أن يتخلى عن نظرها اذا كان قد صدر فيها حكم بالفعل من قضاء اجنبى ، ويكون تخليه عن الفصل فى الدعوى عن طريق الاعتراف بحجية الامر المقضى به لهذا الحكم ، وما تقتضيه تلك الحجية من منع اعادة عرض النزاع من جديد » .

(٢) من ذلك قانون المرافعات الالمانى ( المادة ٣٢٨ ) والاتفاقية المبرمة سنة ١٩٦٨ بين دول السوق الاوربية المشتركة بشأن الاعتراف بالاحكام الاجنبية وتنفيذها ( المادة ٢٦ ) .

بحجية الامر المقضى به فى مصر — على اصدار القاضى المصرى للامــر بالتنفيذ • ومن ثم يمكننا القول بأن الحكم الاجنبى يتمتع بحجيــة الامر المقضى به فى مصر بقوة القانون وذلك بشرط صدوره صحيحا من الناحية الدولية أى صدوره من قضاء مختص وسلامة اجراءاته وعدم تضمنه ما يخالف النظام العام أو تعارضه مع حكم وطنى سابق صادر فى نفس النزاع • أما الشرط المتعلق بتوافر المعاملة بالمثل بين مصر والدولة التى صدر فيها الحكم فلا يتعين توافره فى رأينا للاعتراف بحجية الامر المقضى به للحكم الاجنبى تأسيسا على أن مبدأ التبادل هو مبدأ سياسى لا يتوقف عليه صدور الحكم صحيحا •

ولمــا كانت حجية الامر المقضى به تثبت فى رأينا للحكم الاجنبى بقوة القانون دون تدخل القاضى الوطنى واصداره أمرا بالتنفيذ فمن المنطقى أن تثبت هذه الحجية للحكم الاجنبى من تاريخ صدوره ، وذلك خلافا للقوة التنفيذية لهذا الحكم المرتبطة بتاريخ صــدور الامر بالتنفيذ من القاضى الوطنى • كذلك نرى أن نطاق حجية الامر المقضى به للحكم الاجنبى تتحدد وفقا لقانون الدولة التى صدر بها هذا الحكم نظرا لانها تترتب كأثر مباشر للحكم الاجنبى وليس نتيجة لصدور حكم من القاضى الوطنى •

**أحــكام الحالة والاهلية :**

٤٠٨ — ولم يتضح موقف القضاء المصرى بعد بشأن تمتع الاحكام الاجنبية بحجية الامر المقضى به بصفة عامة • غير أن القضاء قد أستقر منذ فترة طويلة — حاذيا فى ذلك حــذو القضاء الفرنسى (١) — على الاعتراف لطائفة من الاحكام الاجنبية بحجية الامر المقضى به بقــوة القانون أى دون حاجة لصدور أمر بالتنفيذ من القاضى المصرى • وهذه

---

( ١ ) وقد صدر اول حكم للقضاء الفرنسى فى هذا الصدد فى قضية Bulkely الشهيرة سنة ١٨٦٠ ( منشور فى Sirey القسم الاول صفحــة ٢١٠ ) وقد قرر الحــكم ان حكم التطليق الذى صدر بالخــارج يعطى الزوجة الحق فى ابرام زواج جديد بفرنسا دون حاجة لصدور امــر بالتنفيذ من القاضى الفرنسى .

الطائفة من الاحكام هى تلك الخاصة بمسائل الحالة — كالاحكام الصادرة فى مسائل الزواج والطلاق والبنوة — وكذلك الاحكام الصادرة فى مسائل الاهلية • ويكفى لتمتع هذه الاحكام بحجية الامر المقضى به أن تكون مستوفية للشروط اللازمة لصحة الحكم التى نص عليها المشرع المصرى (١) • وذلك باستثناء شرط المعاملة بالمثل • وعلى ذلك فان الزوجة التى حصلت على حكم أجنبى بالتطليق تستطيع أن تبرم زواجا جديدا دون حاجة لشمول الحكم الاجنبى بالتطليق بالامر بالتنفيذ • كما أن هذا الحكم الاجنبى يحول دون قبول دعوى تطليق جديدة أمام القضاء الوطنى لسبق الفصل فى النزاع •

ويبرر الفقه حجية الامر المقضى به لاحكام الحالة والاهلية الصادرة بالخارج دون حاجة لصدور أمر بالتنفيذ من القاضى الوطنى بكون هذه الاحكام منشئة لمراكز قانونية لا سبيل الى انكارها • اذ ليس بمقبول أن يتغير مركز الشخص القانونى بتغير مكان وجوده • فليس بمقبول أن يعتبر الشخص الذى صدر بشأنه حكم بالتطليق مطلقا فى الدولة

---

(١) وقد قضت محكمة النقض المصرية فى حكمها الصادر فى ١٢.١ يناير سنة ١٩٥٦ بانه « متى كان الحكم الاجنبى صادرا بشأن حالة الاشخاص بصفة نهائية ومن جهة ذات ولاية باصداره بحسب قانونها وبحسب قواعد اختصاص القانون الدولى الخاص ، وليس فيه ما يخالف النظام العام فى مصر ولو كان شرط التبادل غير متوافر ، ما دام انه لم يصدر حكم من المحاكم المصرية واجب التنفيذ فى نفس الموضوع وبين الخصوم انفسهم . واذن فمتى كان الحكم المطعون فيه اذ انتهى الى الاخذ بحجية احكام صادرة من محاكم لبنان فيما قضت به من نفى بنوة شخص لآخر لبنانى قد اثبت استكمال هذه الاحكام للشرائط المتقدمة ، فان الحكم لا يكون قد اخطأ القانون » . مجموعة النقض المدنى . السنة السابعة . الجزء الاول . صفحة ٧٤ . وقد كان قضاء المحاكم المختلطة مستقرا كذلك على الاعتراف لاحكام الحالة والاهلية الاجنبية بالحجية دون حاجة للامر بالتنفيذ . انظر حكم محكمة الاستئناف المختلطة فى ٣١ مارس سنة ١٩٢٥ . منشور فى Bulletin العدد ٣٧ صفحة ٣١٠ وكذلك حكمها الصادر فى ١٩ مارس سنة ١٩٤٢ منشور فى Bulletin العدد ٥٤ صفحة ١٤٢ .

التى صدر فيها الحكم ومتزوجا فى الدول الاخـرى ، كما أنه ليس بمقبول أن يعتبر شخص ابنا شرعيا فى الدولة التى صدر فيها حـكم بثبوت نسبه وابنا غير شرعى فى الدول الاخرى • فبطبيعة الحـكم الصادر فى مسائل الحالة والاهلية تحتم الاعترافبهذا الحكم بقوةالقانون خارج حدود الدولة التى صدر من محاكمها طالمـا كان الحكم مستوفيا لشروط الصحة السابق بيانها •

غير أنه لا يمكن الاعتداد بحجية الامر المقضى به للحكم الاجنبى اذا كان من شأن ذلك اجراء تنفيذ مادى على الاموال أو اتخاذ وسائل اكراه نحو الاشخاص ، اذ يلزم حينئذ تدخل القاضى الوطنى لشمول الحكم الاجنبى بالامر بالتنفيذ • ذلك أن اتخاذ اجراء تنفيذ مـادى على الاموال أو اكراه نحو الاشخاص لا يتم الا بالالتجاء الى عمـال السلطة العامة فى مصر وهم لا ياتمرون — كما هو معلوم — بأوامـر القاضى الاجنبى الذى أصدر الحكم • وعلى ذلك فاذا كان الحـكم الاجنبى الصادر بالتطليق يقضى بالنفقه للزوجة أو بضم حضانة الطفل لها فان حجية الامر المقضى به التى يتمتع بها الحكم لا تمتد الى هذه الآثار نظرا لكونها تتطلب اتخاذ اجراءات جبرية بواسطة السلطة العامة ومن ثم يتعين صدور الامر بتنفيذ الحكم من القاضى الوطنى لاتخاذ مثل هذه الاجراءات •

## المبحـث الثـانى

## الحكم الاجنبى كدليل فى الاثبات

٤٠٩ — واذا كان الحكم الاجنبى لا يعتد به بقوة القانون كسند واجب التنفيذ فان ذلك لا ينفى كون هذا الحكم محررا رسميا وبالتالى حجة على ما ورد فيه وذلك دون حاجة لشموله بالامر بالتنفيذ • ويكون للحكم الاجنبى قوة الاثبات التى قررها قانون الدولة التى صدر بهـا وقد حكم القضاء المصرى بأن « الاحكام التى لم تمنح الامر بتنفيذها لهـا قوة اثبات ما جاء فيها وتعتبر حجة لمـا جاء فيها من صفات أو

وقائع وذلك احتراما للحقوق المكتسبة » (١) . وقد ذهب القضاء الفرنسى الى جواز الاستناد الى الحكم الاجنبى لتوقيع حجز ما للمدين لدى الغير دون حاجة لشموله بالامر بالتنفيذ ، وكذلك جواز اتخاذ اجراءات تحفظية بناء على هذا الحكم (٢) .

غير أنه يتعين على القاضى الوطنى الذى يقدم اليه الحكم الاجنبى كدليل اثبات أن يتحقق من سلامة الحكم الاجنبى باعتباره صادرا من سلطة عامة أجنبية مختصة .

## المبحث الثالث

### الحكم الاجنبى كواقعة قانونية

**٤١٠ — ويعتبر الحكم الاجنبى الذى تم تنفيذه فعلا فى الخارج واقعة قانونية** يتعين الاعتراف بها دون حاجة لتدخل القاضى الوطنى لاصدار أمر بالتنفيذ .

وأول من لفت النظر الى هذا الاثر المترتب على الحكم الاجنبى هو الفقيه الفرنسى الشهير بارتان Bartin وذلك فى تعليقه على حكم صادر من محكمة استئناف نانسى بفرنسا(٣) وتتلخص وقائع هذا الحكم فى أن عاملا بلجيكيا كان قد أصيب اصابة عمل فى فرنسا ، ولجأ الى القضاء الفرنسى لطلب التعويض من الشركة التى يعمل بها .

---

(١) انظر حكم محكمة القاهرة الابتدائية فى ٦ ابريل سنة ١٩٥٤ . مجلة التشريع والقضاء السنة السادسة . العدد ١٧ . صفحة ٣٥٣ .

(٢) انظر فى ذلك Niboyet المرجع السابق صفحة ٦٥٥ . وقد قرر القضاء الفرنسى كذلك قبول الحكم الاجنبى الذى يقرر زنا الزوج كدليل على ذلك انظر الاحكام المشار اليها فى :
Pierre Mayer : Driot International Privé
الطبعة الرابعة ١٩٩١ صفحة ٢٨٢ .

(٣) حكم محكمة استئناف نانسى فى ٨ يونيو ١٩٢١ منشور فى : Clunet 1923 صفحة ٢٦٧ .

غير أنه ثبت عند نظر الدعوى أن هذا العامل قد سبق له الحصول على حكم بتعويض من محاكم لوكسمبورج عن نفس الاصابة .

وقد قررت محكمة نانسى الفرنسية عند تقديرها لقيمة التعويض الذى طلبه منها العامل ان تستنزل منه التعويض الذى حكم به فى الخارج ، وذلك دون حاجة لصدور أمر بتنفيذ الحكم الاجنبى فى فرنسا .

٤١١ — وقد استخلص الفقيه بارتان من هذا الحكم أن الاحكام الاجنبية تعتبر فى ذاتها واقعة منتجة لآثار قانونية(١) . غير أنه بامعان النظر فى الحكم الذى استخلص منه الفقيه بارتان هذا الاثر يتبين لنا أن القضاء الفرنسى لم يرتب الاثر المذكور — وهو تخفيض قيمة التعويض الذى حكم به بنسبة التعويض المحكوم به بالخارج — على مجرد صدور الحكم الاجنبى ، وانما رتبه على تنفيذ الحكم الاجنبى بالخارج أى على حصول العامل فعلا على التعويض الذى حكم له به فى الدولة الاجنبية . وهذا التعويض الذى حصل عليه فى الخارج هو الذى قرر القضاء الفرنسى استنزاله من التعويض الذى حكم به للعامل (٢) . وعلى ذلك فان استنتاج الفقيه بارتان بأن الحكم الاجنبى نفسه يمثل الواقعة قانونية التى اعتد بها القضاء الفرنسى عند تحديده للتعويض

---

(١) انظر بارتان :
Bartin : Le Jngement étranger Comme un Fait
منشور فى : Clunet 1929
صفحة ٨٥٥ وما بعدها

(٢) انظر فى تفاصيل ذلك مؤلفنا بالفرنسية المشار اليه آنفا ص ١٦٨ . ويمكن كذلك القول بأن الحكم الاجنبى الذى تم تنفيذه بالخارج يعتبر بمثابة قوة قاهرة يستطيع المدين الاحتجاج بها امام القاضى الوطنى .

المحكوم به للعامل يجب أن يرد عليه تحفظ هام • اذ الواقع ان تخفيض القضاء الفرنسى لقيمة التعويض المحكوم به لم يكن سببه مجرد صدور حكم فى الخارج وانما كان مرجعه تنفيذ هذا الحكم فعلا فى الخارج • وعلى ذلك يتعين القول بأن الحكم الاجنبى يعتبر واقعة قانونية يعتد بها القاضى الوطنى اذا كان قد تم تنفيذه فعلا فى الخارج •

## محتويات الكتاب

الموضـــوع | صفحة

الموضـــوع | صفحة

الموضـــوع | صفحة

| الموضـــوع | صفحة |
|---|---|

الموضـــوع صفحة

## الفصـــل الأول

الموضـــوع صفحة

| الموضـــوع | صفحة |
| --- | --- |

الموضـــوع صفحة

الموضـــوع　　　　صفحة

**الفصـــل الثـــانى**

**ضوابط الاختصاص القضائى الدولى فى القانـــون المصرى والقانـــون المقـــارن** ٤١٥

| الموضـــوع | صفحة |
| --- | --- |